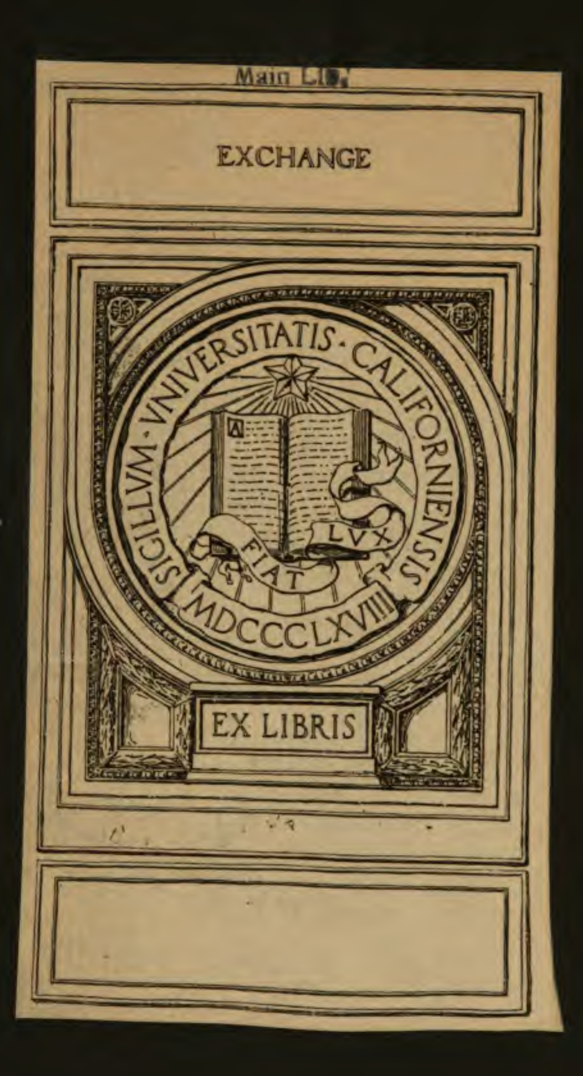

UC-NRLF
$B 22 021


EXCHANGE
SIGILLVM · VNIVERSITATIS · CALIFORNIENSIS
FIAT LVX
MDCCCLXVIII
EX LIBRIS

Über den Umfang der Polizeigewalt im Polizeistaat

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

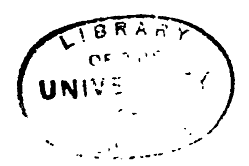
Hohen Juristischen Fakultät der Königl. Universität Marburg

vorgelegt von

Kurt Wolzendorff
Referendar am Königlichen Landgericht Wiesbaden

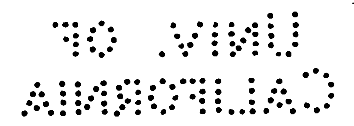


MARBURG
Buchdruckerei Heinr. Bauer
1905



Von der Juristischen Fakultät Marburg als Dissertation angenommen
am 27. Februar 1905

Gedruckt mit Genehmigung der Fakultät
Referent: Herr Professor Dr. Schücking



Inhaltsübersicht.

Literatur.

I. Gesetzesquellen.

Neue und vollständige Sammlung der Reichsabschiede, welche von den Zeiten Kaiser Konrads II. bis jetzt auf den Teutschen Reichs-Tägen abgefaßt worden, samt den wichtigsten Reichschlüssen. — Frankfurt a. M. bei E. A. Roch 1747 ff.

Wahlkapitulation Josephs II. bei F. E. Server, Mainz 1764.

II. Ältere Literatur (bis zum Jahre 1848).

J. J. Becher's Politischer Diskurs, bearbeitet von G. H. Zinken, 1754.

Gth. H. v. Berg, Handbuch des teutschen Policeyrechts, 2. Aufl., I—VII., 1799.

J. M. v. Cramer, Wetzlarer Nebenstunden, 1756—1773.

Delamare, Traité de la Police où l'on trouve l'histoire de son établissement, les fonctions et les prérogatifs de ses magistrats, I-IV (Fol.), Paris 1729.

Just. Ch. Dithmar, Einleitung in die ökonomischen Policey- und Cameral-Wissenschaften, 1731 (1769).

K. F. Eichhorn, Deutsche Staats- und Rechtsgeschichte, 1843.

Fr. Ch. J. Fischer, Lehrbegriff sämtlicher Kameral- und Polizeirechte. Sowohl von Deutschland überhaupt, als insbesondere von den Preußischen Staaten, 3 Bde., 1785.

M. le Bon de Gérando, Histoire de la bienfaisance publique, Paris 1839.

Guil. Grotii, De principibus iuris naturalis enchiridion, curante Georgio Goezio nunc denuo excusum MDCLXXIV.

J. P. Harl, Vollständiges Handbuch der Polizeiwissenschaft, 1809.

Hirsch, Anleitung zum Landpolizeirechte in den Brandenburgischen Staaten, 1. Bd., 1792.

Thom. Hobbes, Elementa philosophica de CIVE, Amst. 1657.

Thom. Hobbes, Leviathan, Amst. 1667.

Hohenthal, Liber de Politia, Lipsiae MDCCLXXVI.

W. v. Humboldt, Ideen zu einem Versuche, die Gränzen der Wirksamkeit des Staats zu bestimmen, Bresl. 1851.

L. H. Jacob, Philosophische Rechtslehre, 2. Aufl., Halle 1802.

J. H. Gl. v. Justi, „Grundsätze der Policeywissenschaft", 3. Aufl., 1782.

J. H. Gl. v. Justi, Die Grundveste der Macht und Glückseligkeit der Staaten, (1761).
J. Kant, Über den Gemeinspruch u. s. w. Ges. Werke, verb. Ausg., 1838.
J. Kant, Methaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre. Ges. Werke, verb. Ausg., 1838.
Eusebius Lotz, Über den Begriff der Polizei und den Umfang der Staatspolizeigewalt, 1807.
Oeuvres de monsieur de Montesquieu tome I & II, Amst. & Leipz. MDCCLVIII.
F. C. v. Moser, Der Herr und Diener, 1759.
F. C. v. Moser, Über Regenten, Regierung u. Ministers, 1784.
J. J. Moser's Teutsches Staatsrecht, 3., 4. u. 7. Th., 1740.
J. *J. Moser,* Von der Landeshoheit derer teutschen Reichsstände überhaupt, 1773.
J. J. Moser, Von der Landeshoheit in Policey-Sachen, 1773.
J. J. Moser, Von der Landeshoheit in Gnaden-Sachen, 1773.
J. J. Moser, Von der Landeshoheit in Militär-Sachen, 1773.
J. J. Moser, Von der Teutschen Unterthanen Rechten u. Pflichten, 1774.
J. J. Moser, Von Reichstagsgeschäften, 1768.
J. J. Moser, Von der Teutschen Krays-Verfassung, 1773.
J. J. Moser, Schwäbische Nachrichten, 1757.
Perthes, Deutsches Staatsleben vor der Revolution, 1845.
J. St. Pütteri, Elementa iuris publici Germanici, 1754.
J. St. Pütteri, Institutiones Iuris Publici Germanici, 1802.
J. St. Pütter's Beyträge zum Teutschen Staats- und Fürstenrechte, 1777.
F. de Paule de la Garde, Traité historique de la souverainité du roi et des droits en dépendants, 1754, (Bd. 2).
K. F. Roßhirt, Über den Begriff und die eigentliche Bestimmung der Staatspolizei, 1817.
Oeuvres de *J. J. Rousseau,* Amst. MDCCLXXVI.
J. v. Soden, Die Staatspolizei nach den Grundsätzen der Nationalökonomie, 1817.
W. v. Sonnenfels, Grundsätze der Polizeiwissenschaft, 1777.
W. v. Sonnenfels, (Nachlaß) Über die öffentliche Sicherheit.
D. G. Struben, Rechtliche Bedenken, 3 Bde., neu herausgegeben von *E. Spangenberg,* Hannover 1827.
D. G. Struben, Nebenstunden, 1765.
D. G. Struben, Unterricht von Regierungs- und Jnstizsachen, 1733.
Ch. Tentze, Disputatio juridica inauguralis de subjectionis iure, Jena 1649.
J. F. Vetter, Deutlicher Unterricht von der Policey, 1753.
C. S. Zachariae, Vierzig Bücher vom Staate, (Umarbeitung), 4 Bd., 1840.
Christ. L. B. v. Wolff, Jus naturae methodo scientifico pertractatum MDCCXLVIII.
Chiist. L. B. v. Wolff, Institutiones iuris naturae, 1750.
Christ. L. B. v. Wolff, Vernünfftige Gedanken von dem gesellschaftlichen Leben der Menschen und insbesondere von dem gemeinen Wesen, 1732.
C. Ziegleri, De Juribus Majestatis MDCCX.
Zimmermann, Deutsche Polizei im 19. Jahrhundert, 1845.
Geschichte der Landeshoheitsstreitigkeiten- und Grundsätze, Ulm 1795.

ıbegriff sämtlicher ökonomischer und Cameral-Wissenschaften, Mannheim 1778.
'ber das Prinzip, die Grenzen und den Umfang der Polizei. Ein Versuch, Leipzig 1808.

III. Neuere Literatur.

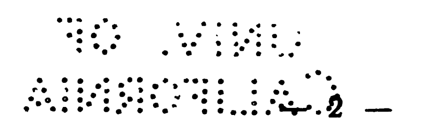
rndts, Ritter von Arensberg, Juristische Methodologie und Encyklopädie, 1901.
vé-Lallemant, Physiologie der deutschen Polizei, 1882.
'luntschli's Wörterbuch, herausgegeben von *Löhning,* 1875.
'nneccerus, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 3. Aufl., 1904, 1 Bd.
'oerstemann, Prinzipien des preußischen Polizeirechts, 1869.
'. *H. Funk,* Die Auffassung des Begriffes der Polizei im vorigen Jahrhundert; in der Zeitschrift f. d. ges. Staatswissenschaft, Bd. 19, (1863).
?. *Gneist,* Der Rechtsstaat, 1872.
:. *Grueber,* Einführung in die Rechtswissenschaft (in Birkmeyer's Encyklopädie).
ĩ. Jellinek, Allgemeine Staatslehre, 1900.
ĩ. Jellinek, Gesetz und Verordnung, 1887.
ĩ. Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte, 1892.
). Maier, Deutsches Verwaltungsrecht, 1895.
ĩ. Meyer, Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts, 2. Aufl., 1903.
ĩ. Meyer, Der Staat und die erworbenen Rechte, 1895.
(. Perels, Die Justizverweigerung im alten Reich seit 1495; in der Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, 25. Bd., germanist. Abteilung, (1904).
Rosin, Das Polizeiverordnungsrecht in Preußen, 2. Aufl., 1895.
Rosin, Der Begriff der Polizei und der Umfang des polizeilichen Verfügungs- und Verordnungsrechts in Preußen, 1895.
Schilling, Die Entwicklung des Polizeibegriffs nach Preußischem Recht, im Verw.-Archiv, Bd. II.
R. Schröder, Deutsche Rechtsgeschichte, 1889.
W. Schücking, Der Staat und die Agnaten, 1902.
Schulze-Gaevernitz, Das preußische Staatsrecht, 1890.
R. Stammler, Die Lehre von dem richtigen Rechte, 1902.
Zimmermann, Wesen, Geschichte, Litteratur, charakteristische Thätigkeiten und Organisation der modernen Polizei, 1852.



Einleitung.

Wie die Staatslehre in Staatsrecht und Politik (Lehre von der Kunst, den Staatszweck zu erreichen,) zerfällt, wie man in der Verwaltungslehre Verwaltungsrecht und Verwaltungs- oder innere Politik von einander scheidet, so umfaßt auch die Lehre von einem Hauptteile der Verwaltung, die Lehre von der Polizei, zwei für ihre Erkenntnis gleich bedeutungsvolle, in ihrem Wesen aber grundverschiedene Teile, die Polizeiwissenschaft im engeren Sinne (im weiteren Sinne entspricht sie der gesamten Lehre von der Polizei) und das Polizeirecht. Während das Polizeirecht die Frage zu beantworten sucht, was die Polizei rechtmäßig tun kann, beschäftigt sich die Polizeiwissenschaft im engeren Sinne mit der Frage, was die Polizei zweckmäßig tun soll. Es ist bekannt, daß schon die Römer eine ausgebildete Polizei besaßen, daß auch die fränkischen Könige in ihren Gesetzen polizeiliche Vorschriften mit einfügten, ja *Delamare's* grundlegendes Werk[1]) berichtet uns schon von einer Polizei der Athener, Hebräer und Egypter, ja sogar De la Police des premiers âges du monde, fondée sur la seule Loy naturelle, jedermann aber wird es zugeben, daß diese Polizeieinrichtungen mit den unseren so wenig Zusammenhang haben, daß ihre Betrachtung für das Studium jener durchaus entbehrlich ist. Anders ist es mit der sehr entwickelten Polizei in den deutschen Städten des Mittelalters. In ihnen wird meistens der Ursprung

1) *M. Delamare,* Traité de la Police 1729, 1. Bd. S. 4—24.



unseres Polizeirechts gesucht, aber meines Erachtens mit Unrecht.[1] Allerdings ist es richtig, daß die Städte zuerst in Deutschland da Institut der Polizei gründlich ausbildeten, daß in ihnen die Wieg der praktischen deutschen Polizeiwissenschaft steht. Dasselbe gil aber durchaus nicht von dem deutschen Polizei r e c h t. Mit den Erstarken der Landeshoheit, ja schon von der Zeit an, wo sicl die Reichsgesetzgebung mit dem Polizeiwesen beschäftigte, schwanc die Bedeutung der polizeilichen Tätigkeit der Städte mehr unc mehr. Wie im allgemeinen der Staatsgedanke zu immer größere Macht erwuchs und vor ihm die mittelalterlichen Autonomie weichen mußten, so trat auch die staatliche, landesherrliche Polize an Stelle der Gemeindepolizei der Städte. Und aus dieser, di wohl manche Einrichtung der früheren städtischen Polizei über nahm, manche Erfahrung derselben sich zunutze machte unc vielleicht aus diesem Grunde in den Städten sich mustergültig aus bildete, leitet sich unsere heutige Polizeigewalt ab. Wie diese nicht aus der mittelalterlichen Polizei der Städte entstanden, son dern sie verdrängend an ihre Stelle getreten ist,[2]) so steht unsere heutige Polizei, die sich aus ihr entwickelte ohne jeden Zusammen hang mit der mittelalterlichen Städtepolizei. Deshalb ist diese wenn sie auch durchaus nicht ohne historisches Interesse für die Polizeiwissenschaft ist, doch insofern ohne r e c h t s historische Bedeutung, als sie für die Erkenntnis des jetzigen R e c h t s keine Hilfe bieten kann. Aus der staatlichen Polizei der Territorien hat sich unsere Polizei entwickelt und die Grenzen der Gewalt jener müssen wir feststellen, wenn wir sehen wollen, wie sich daraus die Grenzen der Polizeigewalt unserer Zeit gestaltet haben.

---

1) Derselben Ansicht *Zimmermann,* die deutsche Polizei im 19. Jahrhundert, 1. Bd. S. 98.

2) Vergleiche darüber unten.

I. Abschnitt.

Die Polizeigewalt des römischen Reichs teutscher Nation.

§ 1.

A. Gegenstand der Reichspolizeigewalt.

Im 16. Jahrhundert tritt Name und Begriff der Polizei zuerst in der Gesetzgebung des heiligen römischen Reichs teutscher Nation auf. Nachdem schon Ende des 15. Jahrhunderts reichsgesetzliche Vorschriften erlassen waren über Dinge, die zwar sachlich unter den Begriff fielen, den man im 15.—18. Jahrhundert der Polizei gab, die aber noch nicht unter jenem Namen behandelt wurden, machte der R.-A. von Augsburg im Jahre 1530 zum ersten Male die „gute Ordnung und Policey" zum Gegenstande der Reichsgesetzgebung. Indem damit das Reich die Sorge für gute Ordnung, die bisher kleinere Verbände: Städte, Patrimonialbezirke, Zünfte usw. sich hatten obliegen lassen, auf sich nahm, legte es sich damit die Polizeigewalt zu; 1551 konstatierte die Reichsgesetzgebung ausdrücklich die Überordnung der Reichs-Polizeigewalt über jene autonomen Polizeigewalten.[1]) Allerdings wurden in dem R.-A. von 1530 § 98 als Gegenstand der Polizei durchaus nicht jene weiten Gebiete bezeichnet, die sie später umfaßte, sondern als solcher wurden nur einzelne Dinge benannt: „schwere unerhörte Gotteslästerung, Zutrinken, Übermäßigkeit, köstliche

1) R.-A. von Augsburg, § 71.

Kleidung, unnotdürftige Kosten der Hochzeiten, Kindtauff, Begräbnusse, schwere Zahrung bey den Wirthen, Maß, Gewicht"; tatsächlich aber sollte das durchaus keine erschöpfende Aufzählung sein, wie denn auch die P.-O. von 1530 nicht nur von jenen Dingen handelt, sondern ferner „von wucherlichen Contracten, Betrug in den Tüchern, Ingber, Verbot der Büchsen tragen, von leichtfertigen Beywohnen, Ehebruch, Bettler und Müßiggänger, Zigainer, Landfahrer, Sänger und Raimsprecher". Daraus ist zu ersehen, daß die Polizeigewalt nicht auf einzelne Gegenstände beschränkt ist, sondern schon viel von dem weiten Gebiet umfaßte, das man auch späterhin als „gute Ordnung und Policey" bezeichnete, ohne jedoch, wie im eigentlichen Polizeistaat unter dem Begriff der Polizei die ganze innere Verwaltung zu befassen.

§ 2.

B. Die polizeilichen Befugnisse des Kaisers: im wesentlichen ein Recht der Polizeiaufsicht.

Für bestimmte Fälle war die Polizeigewalt dem Kaiser gegeben, der auch „in Ansehung mehrerer Gegenstände der Policeyaufsicht und Vollstreckung für sich allein zu handeln unstreitig berechtiget ist." [1]) Ihm steht keine selbständige Polizeigewalt zu, sondern er hat eine solche nur in den Grenzen, in denen sie ihm durch die Reichsgesetzgebung übertragen ist. So ermächtigt der R.-A. von Worms 1495 den Kaiser zur Erlassung eines Gesetzes gegen Gotteslästerung, allerdings nur mit Willen und Wissen der Kurfürsten, Fürsten und Stände, [2]) auch erhält durch diesen R.-A. der Kaiser die Ermächtigung, dem Landesherrn den Erlaß polizeilicher Vorschriften gegen Trunksucht aufzuerlegen. [3]) Im übrigen

---

1) *v. Berg,* Handbuch T. I. S. 19. Vgl. auch Wahl-Kapitul. Franz I. Art. VII, § 1.

2) R.-A. von 1495, § 36.

3) R.-A. von 1495, § 38: „Item, daß die Königlich Majest. allen Churfürsten, Fürsten, Pralaten, Graven, Freien, Herren und Stenden schreibe und gepite in jren Hofen, von yren Dienern auch sust allen jren Underthanen das Trinken zu gleichen, vollen und halben nit zu gestatten, sundern das rechtlich zu straffen" usw.

hat der Kaiser nicht selbsthandelnd in das Polizeiwesen einzugreifen,[1]) ja er hat sogar dafür zu sorgen, daß bei Errichtung von Polizeiverordnungen das Hofmarschallamt nicht störend in die Funktionen des den Reichstag präsidierenden und die Ordnungen publizierenden Erzmarschallamtes eingreife.[2]) Der Kaiser hat demnach eine Polizeigewalt nur in den bestimmten Fällen, wo sie ihm besonders übertragen ist, die Regel ist, daß sie dem Reich zusteht, „bei Kaiser und Reich“ ist. Hat nun aber nicht der Kaiser selbst doch noch eine übergeordnete Polizeigewalt gehabt? Nach der Wahlkapitulation „soll und will“ doch „der regierende Römische Kayser über die Policey-Ordnung halten.“[3]) Man könnte daraus wohl schließen, daß dies Recht der Polizeiaufsicht der Ausfluß einer höchsten Polizeigewalt sei, die ein Majestätsrecht des Kaisers bildete. Dies ist aber keineswegs der Fall. Das Recht des Kaisers, „über die Polizeiordnungen zu halten“, bedeutet vielmehr nichts anderes, als daß er für das Reich, als Beamter des Reichs, dessen Polizeigewalt ausübt, wie denn sonst auch von den landesherrlichen Polizeibehörden gesagt wird, daß sie „über denen Polizeigesetzen zu halten haben“.[4]) Also nicht anders ist im Polizeirechte die Stellung des Kaisers im und zum Reich als die der

1) Capitulatio Francisci art. IV § 1: „Zu allen Beratschlagungen über Reichsgeschäfte, insonderheit diejenige, welche in dem Instrumento pacis namentlich exprimirt“. (J. P. O. art. VII nennt die reformatio politiae als einen der Gegenstände de quibus agatur proximis comitiis) „& dergl. soll und will der Römische König & Kayser die Churfürsten, Fürsten & Stände des Reichs ihres Juris suffragii sich gebrauchen lassen und ohne derselben Reichstägige freye Bestimmung in selbigen Dingen nichts fürnehmen noch gestatten.“

2) Capit. Francisci art. III § 25: „Und weilen bey Aufrichtung der Policey- & Tax-Ordnung auf Reichs- & Wahltägen das Direktorium zu führen & solche Ordnung in unserem Namen zu publiciren, dem Ertz-Marschall-Amt zukommt & gebühret, so solle von Unserm Hof-Marschalln-Amt oder anderen, weder unterm Praetext Kayserl. Commission noch sonsten darinnen, so zu solchem Reichs-Amt gehörig ist, Hinderung gemacht . . . . . . werden“

3) „Project der perpetuirlichen Kayserlichen Wahl-Capitulation“ art. VII; IV; 237. Vergl. auch „Der Römisch Kayserl. Majestät Francisci Wahl-Capitulation.“ Art. VII § 1. „Ferner sollen und wollen Wir über die Policeyordnungen, wie die seyen, und noch ferner auf dem Reichstag geschlossen werden, halten.“

4) *Moser*, Landeshoheit in Polizeisachen, S. 11.

landesherrlichen obersten Polizeibeamten im Einzelstaat und zum Landesherrn, „wo es sodann auf die ihnen erteilte Instruktionen ankommt, ob und wie ferner sie selber etwas verfügen, abstellen oder bestraffen dürffen.“

§ 3.

C. Die Polizeigewalt des Reichs: tatsächlich auf die Polizeigesetzgebung beschränkt.

Obwohl ursprünglich das Reich das Recht der Polizeigewalt innehatte, kann von einer eigentlichen und vollständigen Polizeigewalt des Reiches nicht die Rede sein. Das liegt in der Verfassung des deutschen Reichs: die Organe, die dem Reich zur Ausübung seiner polizeilichen Tätigkeit zur Verfügung standen, waren lediglich die Gerichte, die durch die kaiserlichen Fiskale[1]) unterstützt wurden. *Moser*[2]) sagt daher bei Besprechung des Art. VII § 4 Cap. Franc., der dem Kaiser Pflicht und Recht zulegt „über die Policeyordnungen zu halten“: „solange die Reichsstände dem Kaiser nicht auch und zwar einer wie der andere an Hand gehen, wird dieses wohl vergeblich in der Kapitulation stehen.“ Allerdings dienten auch die Kreise dem Reich zur Ausübung der Polizeigewalt, *v. Berg*[3]) behauptet sogar, dieselben seien „ihrem ersten Ursprunge und ihrer Hauptbestimmung nach lediglich als Anstalten der höchsten Gewalt im Reiche zur Ausübung eines Teiles der ihr zustehenden Policey-Hoheit zu betrachten.“ Nun wissen wir zwar jetzt, daß die Ansicht *v. Berg's* über den ursprünglichen Zweck der Kreise irrig ist, daß dieser nicht in der Handhabung der Polizeigewalt bestand, sondern daß die Kreise zunächst nur als Wahlbezirke für das Reichsregiment eingerichtet waren. Insofern aber ist *v. Berg's* Ansicht interessant, als sie dadurch entstanden ist, daß zu seiner Zeit die Kreise eine sehr große Bedeu-

1) Fiskale sind vom Kaiser ernannte Beamte, die den Fiskus beim R.-K.-G. prozessual zu vertreten hatten. Dem Generalfiskal stand ein Fiskaladvokat zur Seite. Über ihre Tätigkeit in Polizeisachen vgl. unten S. 12 ff.

2) *Moser*, Teutsch. Staatsrecht, 4. Th. S. 514.

3) *v. Berg*, Handbuch, Th. I. S. 21.

tung für das Reichs-Polizeiwesen hatten. Wie er uns berichtet, war nämlich die Einrichtung der Kreise für polizeiliche Verwaltung eine so günstige, daß sich eine „kreisgenossenschaftiche Policey" bildete, „die nicht auf der Anordnung des Reiches, sondern auf der freyen Einwilligung der Kreisgenossen beruht." [1]) Gerade dieser Umstand aber, daß in den Kreisen, den einzigen Einrichtungen, die zur Ausübung der Reichspolizeigewalt geeignet waren, sich Bedürfnis und Möglichkeit fand, eine andere Polizeigewalt neben der, durch die Reichsverfassung begründeten, auszubilden, beweist, wie wenig lebensfähig die ausübende Polizeigewalt des Reichs war. Und in der Tat war diese nicht eigentlich eine solche, sondern vielmehr im wesentlichen nur ein Recht der Polizeigesetzgebung. Durch diese gab das Reich die ihr ursprünglich zustehende Polizeigewalt, soweit sie sie nicht, wie dargelegt, dem Kaiser übertrug, oder in ganz geringem Maße selbst ausübte, in die Hände der Landeshoheit.

§ 4.

D. Die sog. Polizeidienstpflicht: eine Übertragung der Polizeigewalt durch Reichsgesetz an die Allgemeinheit.

Bevor wir zur landesherrlichen Polizeigewalt übergehen, ist noch ein für die Grenzen der Polizeigewalt interessantes Institut zu erwähnen, durch das die Polizeigewalt gewissermaßen der Allgemeinheit übertragen wird. Es ist dies die Polizeidienstpflicht, von der *Sickel* [2]) berichtet, daß sie schon in merovingischer Zeit

---

1) Dem entspricht auch eine Schilderung, die *J. J. Moser,* Von der teutschen Crays-Verfassung S. 736 gibt: „In denen Reichsgesetzen werden vilfältig entweder die Policey-Sachen überhaupt, oder einige Stücke derselben an die Crayse remitttiert, um entweder dieselbige nach ihrer Convenienz selbst zu regulieren, oder sie zu einem Comitat-Schluss zu präparieren, oder über einen schon abgefassten Reichs-Schluß zu halten. Meistens aber nötigen die sich von Zeit ereignende Umstände die Crayse, auf Anregen eines oder mehrerer Stände von selbsten dergleichen Sachen in Überlegung zu nehmen."

2) *Sickel* „Zur Geschichte des Bannes" S. 11 ff.

bestanden habe, von Karl dem Großen ausgedehnt worden sei, und, während ihr Grund ursprünglich in der Untertänigkeit des freien Mannes gelegen habe, im Mittelalter einen neuen Grund in der Reichsangehörigkeit erhalten habe. So bestimmt Friedrich I., daß die Herren die in ihrer Burg geborgenen Friedensbrecher ausliefern sollen,[1]) und Rudolf von Habsburg gebietet Verfolgung der Friedensbrecher und verbietet, sie zu behalten.[2]) Zuweilen werden der der Allgemeinheit „nach laut und vermög unseres und des heiligen Reiches Landfriedens“ [3]) gegebenen Polizeigewalt Grenzen gezogen: 1389 wird ihr Entstehen abhängig gemacht von der vorhergehenden Entscheidung derer, „die über den Frieden gesetzt sind“ [4]) und 1471 wird sie örtlich begrenzt, aber ausdrücklich von einem Auftrag unabhängig gemacht,[5]) 1486 fällt auch diese örtliche Grenze fort[6]) und 1495 wird dem, der in Ausübung

---

1) *Friedrich I.* erster Landfriede. § 8. Si judex populi clamore aliquem paeis violatorem ad Castrum alicuius domini secutus fuerit: Dominus mius castrum id esse cognoscitur, ad faciendam iustitiam illum producat.

2) König *Rudolfs* Landfrieden 1287, Würzburg. § 13. Die nachsten, die dabei gesossen sint, da der Bruch geschehen, den Landfrid beschermen & helfen waren, & vermögent es die alle nicht, so mugen es die thun, die darnach die nachsten sind. Darizu sullen wir helfen ob sein not ist.

3) Vergl. Landfrieden von 1521, IV. § 3.

4) Landfried zu Eger 1389, § 19.

Were auch, daß iemandt in diesem Lantfriden ist oder noch darin kumet beschediget wurde wieder rehte, als der Lantfriden stet, von weme dies geschehe, und wann die über den Lantfriden gesezet sind, darumbe zuvor erkennen, so süllen dann dieselben, die daruber gesatzet sind, das Herren und Stätte und andere, die in diesem Lantfriden und Puntnisse sin, kunt machen und verbotschafften, mit ihren brieffen, oder mit in selbes; und wann also sie des alles geyndert werden, zu weme dann derselben keiner, der den Schaden getan hat, kompt, der soll uf den nit gebunden sein, denselben uffzuhalten & uffzugeben mit gantzem Ernste, getruwelichen, ane alles gewerde & soll daran kein geleit fürdragen.

5) Landfriede Friedrichs III. von 1471.

„Wir ordinen und sezen auch, ... ermahnt oder unermahnt dieselbe Pflicht.“ Ferner heißt es dort: „Es sollen auch die Amptleute und Pfleger, oder die Entpfach haben, an iglichen Enden, von Amts wegen die obgemalten Uberfahrer alle & iglich und darzu ire Zuleger von Stunde an aufhalten und zu iren handen nehmen.

6) Landfriede von 1486 (zu Frankfurt) § 3 u. 4.

der Polizeidienstpflicht die Polizeigewalt handhabt, versichert, daß er frei von Gefährde sein soll.[1])

Die Bestimmungen über die Polizeidienstpflicht werden immer wiederholt, sie finden sich fast mit denselben Worten in dem R.-A. von 1498 und 1512, in den Landfrieden von 1521 und 1548;[2]) daß aber diese Bestimmungen auch befolgt werden, „des sollen die Amtsleute in ihren Ämtern und Befelchen fleißig Aufsehens" haben.

---

1) R.-A. von 1495 (zu Worms) § 3: „daß yedermann soliches Nacheylends zu frischer Tat auf sein selbs Kosten und schäden sein soll, on gevärde; vergl. übrigens auch den oben wiedergegebenen § 19 des Landfriedens von 1389.

2) R.-A. von 149 § 1 und wörtlich ebenso Landfrieden von 1521, IV. § 2: „wo einer des andern Friedbrüchigen Beschädiger innen oder gewahr, oder zu frischer That ermahnet wird, oder die ankommen oder betretten mag, gegen ihnen unverzüglich & mit Ernst und Fleiß nacheylen, handeln & fürnehmen, als wäre es sein selbst Sach."

R.-A. von 1512, Summarien § 8: „sollen alle die, so daß ermahnet werden oder für sich selbst innen werden, nacheylen, halffen, rabten & behalten, alles nach laut & vermög Unseres heiligen Reichs Land-Friedens, & desselben Ordnung."

II. Abschnitt.

Die landesherrliche Polizeigewalt.

Kap. 1. Verhältnis zur Reichspolizeigewalt.

§ 5.

I. Die landesherrliche Polizeigewalt ist von der Reichspolizeigewalt abgeleitet und ihr daher untergeordnet.

Die alten Polizeilehren unterscheiden 3 Polizeigewalten: die des Reichs, die der Kreise und die der Landesherren. Ich habe hier nur die Reichspolizeigewalten und die des Landesherrn als selbständige Polizeigewalt gegenüber gestellt. Oben habe ich ausgeführt, wie die Kreispolizeigewalt nichts anderes ist als eine Ausübung der Reichspolizeigewalt durch die Kreise als Organe des Reichs. Nun ist nach meiner Auffassung, die gleich dargelegt werden wird, zwar auch die landesherrliche Polizeigewalt ursprünglich lediglich eine Delegation der Reichspolizeigewalt — und insofern fällt die Untersuchung des Umfangs beider Polizeigewalten zusammen mit der Frage nach den Grenzen der Reichspolizeigewalt — doch entwickelt sich die Landespolizeigewalt zur Selbständigkeit, die die Kreispolizei nie erlangt hat. Aber, obwohl beide Polizeigewalten ursprünglich zu der des Reichs rechtlich gleiche Stellung hatten, bestand doch tatsächlich jener Unterschied, der sich später auch rechtlich ausbildete, schon von vornherein darin, daß die Kreispolizeigewalt einem Organe des Reichs zustand,

die Landespolizeigewalt aber dem Landesherrn, der zwar auch dem Reich untergeordnet, aber — wenigstens zu der Zeit, von der wir sprechen — nicht mehr ein Organ desselben war. Daraus erklärt es sich auch, daß seine Polizeigewalt einer besonderen Beaufsichtigung durch die Fiskale bedurfte, die der Kreise hingegen nicht.

Wir haben bereits dargelegt, daß das Reich selbst eine eigentliche Polizeigewalt nicht ausübte, sondern im wesentlichen nur ein Recht der Polizei-Gesetzgebung. Und es kann wohl als Regel bezeichnet werden, daß das Reich die Ausübung seiner Polizeigesetze sich nicht selbst oder den Kreisen vorbehielt, sondern sie den Landesherrn übertrug, denen sie damit auch insoweit die Polizeigewalt übertrug. In dieser Weise sind die ganzen Reichspolizeiordnungen erlassen: nicht das Reich befiehlt, sondern es weist die „Oberkeit“ an zu befehlen.

Dabei war dieser in der Ausübung der Polizeigewalt in den durch die Reichsgesetzgebung bestimmten Gebieten durchaus noch nicht freie Hand gegeben. Während im R.-A. von Regensburg (1532) schlechthin bestimmt ist, daß die R. P. O. „in allen Punkten und Articuln von männiglichen festiglich gehalten und vollzogen werden,“ ist es eine Ausnahme, wenn es der Landesobrigkeit überlassen bleibt „in ihren Landen und Gebieten nach Gestalt, Gelegenheit und Gebrauch derselben gute, ehrbare, richtige Ordnung“ [1]) zu erlassen, also selbst zu ermessen, was polizeilich zu verordnen sei. Aber auch hier ist nicht einmal alles ihrem Ermessen anheimgestellt, sondern z. B. ihr aufgetragen eine „namliche, bestimmte Pön und Straf“ anzudrohen. R. P. O. 1530, I, § 2 gibt der Obrigkeit die Befugnis, den „Lasterern nach Größ der Übertretung in Straff zu nehmen,“ IV., § 2 „die Straff zu erhöhen“; dies alles besonders erwähnte Ausnahmen von der allgemeinen Gebundenheit.

1) R.-A. von Augsburg a. d. J. 1548. § 93.

II. Die Überordnung des Reichs zeigt sich in der Stellung der Fiskale und der obersten Reichsgerichte.

§ 6.

A. Aufsicht der Fiskale.

Die Polizeigewalt der Landesherrn war also nur eine abgeleitete[1]) und durch die Reichsgesetzgebung beschränkte, da, wie Art. 39 § 3 der R. P. O. von 1530 bestimmte, diese in ihren wesentlichen Bestandteilen in jedem deutschen Lande zur unabänderlichen Norm dienen sollte; dagegen war den Reichsständen überlassen, die reichsgesetzlichen Vorschriften im Einzelnen genau zu bestimmen und nach jedes Landes Gelegenheit zu ermäßigen.[2]) Auf dieser Grundlage entwickelt sich die landesherrliche Polizeigewalt. Während sie sich immer mehr und mehr ausbildete, trat die Reichspolizeigewalt ihr gegenüber immer mehr zurück. Anfangs nur als Beauftragte der Reichspolizeigewalt betrachtet, über deren Pflichterfüllung das Reich durch die Kayserlichen Fiskale Aufsicht führte,[3]) entwickelte sie sich im Laufe der

---

1) In der R. P. O. von 1577 Tit. 20 e 7 heißt es: „Doch soll hiedurch den Churfürsten, Fürsten, und Standen an ihren von uns habenden Kaiserlichen Regalien, Privilegien und zustehenden Gerechtigkeiten, Ordnung zu machen“ u. s. w.

2) *Zimmermann* a. a. O. Bd., I S. 65.

3) R.-A. von 1532, VIII: „Und wo die Oberkeit, darunter die Wucherer, Juden, Monopolierer und andere, so unbillige Handthierung treiben, seßhaft seynd, in 6 Monaten, den nächsten nach Endung dieses Reichstags, nicht Einsehens thun, & in solchem lässig oder säumig seyn: So daß an unsern Fiscal gelangen wird, soll er der Oberkeit, darunter solche Wucherer, Juden, Monopolierer oder unbillige Handthierer gesessen oder wohnend sein, solches zu erkennen geben & sie ermahnen, die unziemliche & ungebührliche Handthierung abzuschaffen & zu straffen in Monats Frist. Dann, wo die Oberkeit solches in bestimmter Zeit nicht tät, so wolt & mußt er aus seinem Amt in solchem procedieren & fürnehmen, wie sich gebührt. Alsdann er auch solches zu thun hiemit Macht und Recht haben, auch unverzüglich tun soll.“

Dieselben Bestimmungen enthalten §§ 76 und 77 des R.-A. von 1541 (Regensburg); R.-P.-O. von 1530: I § 4, XXII § 2, XXV § 5; R.-P.-O. von 1548: I § 8, XVIII § 6 u. s. w.

Zeit zu solcher Selbständigkeit, daß man später ganz ihre frühere Abhängigkeit vergaß, ja sogar die Reichspolizeigewalt umgekehrt als von ihr abgeleitet betrachtete. So schreibt *v. Berg*[1]): „Was die teutschen Landesherrn nach endlich hergestelltem Landfrieden für die Einführung einer guten Policey, wie man sie sich im 16. Jahrhundert dachte, in ihren Ländern zu thun die Absicht hatten, dem wollten sie gerne das Ansehen allgemeiner Reichsgesetze geben, weil sie glaubten, daß auf einem andern Wege ihr Zweck nicht erreicht werden könne.“ Daher seien auch in den Landespolizeigesetzen aus dem 16. und der ersten Hälfte des 17. Jahrhunderts dieselben Gegenstände behandelt, wie in der R. P. O. Diese Erscheinung hat ihren Grund aber gerade darin, daß die Reichspolizei das ursprüngliche war und die Landespolizeiordnungen meist eine Art Ausführungsvorschriften zu jener bildeten, da dies eben das von der Reichsgesetzgebung der Landespolizeigewalt überlassene Feld war.

Ganz klar spiegelt sich diese Entwickelung auch in der Stellung der Fiskale wieder. Es waren dies, wie bereits erwähnt, „öffentliche, dem Kaiser und Reich verpflichtete Beamte, zu deren Amtsobliegenheiten es mit gehört, darauf zu sehen, daß den Reichs-Policeygesetzen nicht zuwidergehandelt werde.“ [2]) Wie nun ursprünglich die Polizeigewalt der Landesherrn nur als eine Delegation der Polizeigewalt des Reichs anzusehen war, so übte ursprünglich das Reich durch diese Fiskale die Aufsicht aus über die gesamte landesherrliche Polizeigewalt. Als dann aber später die Landespolizeigewalt sich zu größerer Selbständigkeit entwickelt

---

1) Handbuch I S. 49/50. Während in Wirklichkeit die Landespolizeigewalt ursprünglich nur da berechtigt ist, wo sie diese Berechtigung von der Reichspolizeigewalt erhalten hat, ist nach *v. Berg's* Ansicht die Reichspolizeigewalt nur da berechtigt, wo die Landespolizeigewalt aussetzt, „alle andere Gegenstände der Policey, die zunächst und unmittelbar nur die einzelnen teutschen Länder angehen, gehören nicht in den Umfang der Reichs-Polizeigewalt“ (ibid. S. 86).

Überhaupt sind die Ansichten *v. Berg's* über das Verhältnis zwischen Reichs- und Landespolizeigewalt durchweg irrig; vergl. seine unten S. 19 u. 20 dargelegten Ausführungen.

2) *v. Berg*, Handbuch Bd. I, S. 95.

hatte, wurde im 18. Jahrhundert entsprechend der geänderten Rechtslage bei Revision der Kammergerichtsordnung mit Recht daran erinnert, „daß der, den Reichsfiskalen erteilte, allgemeine Auftrag näher zu bestimmen und blos auf die in den Umfang der Reichspolizeigewalt jetzt noch gehörigen Gegenstände zu richten wäre.“ [1])

§ 7.

B. Kompetenz der Reichsgerichte.

Indem also auch hier der allgemeinen Entwickelung folgend, die Macht des Reichs dahinschwand, erhob sich die der Territorien immer mehr, auf der andern Seite auch die autonomen Polizeigewalten des Mittelalters verdrängend,[2]) so daß im 18. Jahrhundert kein Mensch mehr daran zweifelte, daß die Polizeigewalt einen Teil der Landeshoheit (supremae potestatis partem) bildete.[3]) Aber wie auch diese in Deutschland noch dadurch beschränkt war, daß das Reich über dem Landesherrn stand, so ergaben sich auch für die Polizeigewalt immer noch Beschränkungen aus der Reichsverfassung. Ein Beispiel dafür, daß die Reichspolizeigewalt noch im 17. Jahrhundert der Landespolizeigewalt Schranken setzen konnte, bilden die Bestimmungen des J. P. O. art. 5 § 31 über den annus decretorius. Da die Sorge für die Religionsausübung Gegenstand der Polizei ist,[4]) so kam es zunächst der landesherrlichen Polizeigewalt zu, diejenige Religion frei zu bestimmen, die in ihrem Lande die gesetzlich erlaubte sein sollte. Indem nun das J. P. O. das landesherrliche ius reformandi an den Zustand des Jahres 1624 band, wurde also der landesherrlichen Polizeigewalt von Reichs

1) *v. Berg*, Handbuch Bd. 1. S. 96.

2) Vergl. zu letzterer Entwicklung *Zimmermann* a. a. O. Bd. I S. 69 f. und unten.

3) Vergl. z. B. *v. Berg*, Handbuch I S. 22: „In den teutschen Ländern und Gebieten macht die Polizeigewalt einen Teil der Landesherrlichen und Obrigkeitlichen Gewalt aus.“ 852, „Die teutschen Reichsstädte üben das Recht der Polizeigesetzgebung vermöge der ihnen zustehenden Landeshoheit aus.“

4) Vergl. *Delamare* a. a. O. Überschrift zum 1. Titel des 2. Buches: Que la réligion est le premier et le principal objet de la police; vergl. auch *Sonnenfels* a. a. O. I § 9.

wegen eine Grenze gesetzt. *Moser* sagt hiezu[1]: „Wie aber die Landeshoheit derer Reichsstände in keinem Stück unabhängig ist, also ist sie es auch nicht in Ansehung des Policeywesens.“ „In einem Reichs-Hofrats-Gutachten von 1715 liset man: „Gleiche Beschaffenheit hat es mit der Libertate Statuum und denen Präeminenzen, die da in die Jura Majestatica einzutreten scheinen; als welche allzumal (also auch die Polizeigewalt), wenn sie nicht in eine Licenz und disolutionem corporis hinauslaufen sollen, unter der Dependenz und Direktion des höchsten Oberhauptes stehen und exerciret werden müssen.“[2]) *Pütter* sagt hierüber[3]: „Wenn ein Reichsstand wider seine Untertanen Gewalt vor Recht ergehen lassen, oder überhaupt seine Landeshoheit mißbrauchen wollte, darf er nie verkennen, daß noch ein höherer Richter über ihm vorhanden ist.

> Noch im Juli 1775 ward ein regierender Reichsgraf „wegen unverantwortlichen Mißbrauchs der landesherrlichen Gewalt“ und vielfältig begangener, befohlener und zugelassener Fälschungen auf zehn Jahre zur Gefangnisstrafe auf eine Festung condemniret. Siehe das Reichshofrats-conclusum vom 21. Juli 1772 in der Regensburgischen Sammlung der Merkwürdigkeiten. 2. Th. S. 243.“

Hatten aber überhaupt die obersten Reichsgerichte über die Polizeigewalt der Reichsstände zu urteilen? Man stellt es meist[4]) als einen fast selbstverständlichen Satz auf, daß die Untertanen bei Mißbrauch der polizeilichen Gewalt durch den Landesherrn den Schutz der Reichsgerichte anrufen konnten. Doch ist dies

---

1) *Moser,* Von der Landeshoheit in Policeysachen. 1773. 1. cap. § 5; vergl. auch: Schwäb. Nachr. 10 Stück V. § 2 und § 9.

2) *Moser,* „Von der Landeshoheit derer teutschen Reichsstände überhaupt.“ 1773. S. 259.

3) *J. St. Pütter,* Beiträge zum teutschen Staats- und Fürstenrecht I, XVII, 7—8 (S. 304 ff.); vergl. auch J. St. Pütteri Institutiones iuris publici lib. III, cap. 1, § 16—17.

4) Z. B. *Schröder,* D. Rechtsgeschichte, 2. Aufl., S. 803, auch *Otto Mayer* im ersten Band seines Verwaltungsrechts, S. 33.

nichts weniger als selbstverständlich; dem Sinne jener Zeit entsprach vielmehr gerade das Gegenteil: „In Polizeisachen gibt es keine Appellation," sagte ein Rechtssprichwort. Also nicht die Zulässigkeit der Appellation an die Reichsgerichte, sondern deren Unzulässigkeit war der Grundsatz, der sogar in der Wahlkapitulation anerkannt ist. In „Ihrer römischen Kayserlichen Majestät FRANCISCI Wahl-CAPITULATION" heißt es in Art. 15 § 4, daß, wenn ein Untertan eines Landesherrn bei den obersten Reichsgerichten „etwas anzubringen oder zu suchen sich gelüsten lassen würde, wollen wir daran seyn und darauf halten, daß ein solcher nicht leichtiglich gehört, sondern a Limine Judicii ab und zu schuldiger Parition an seinen Landesherrn und Fürsten gewiesen wäre." Wie weit nun aber dieser Grundsatz: politia non sunt appellabilia durchgeführt wurde, ist eine andere Frage. *v. Cramer* sagt hiezu[1]): „Nun haben schon *Rebuff* (de Appelat. Arb. 7, Gloss. 2 n. 24) und *Mevius* (p. I. Dec. 191 n. 6) anerkannt: tam quae scandala sunt, quam quae ad correctionem tendunt inappellabilia reputantur, und so bald es eine Sache betrifft, wo Untertanen gegen ihre Obrigkeit sich des Gehorsams zu entziehen suchten und deshalb gestrafft werden, so ist es schon in gemeinen Rechten und in der natürlichen Billigkeit gegründet, daß derley des Ungehorsams halber gestrafften Untertanen beyen höheren Richtern deren üblen Folgen halber, nicht leicht Gehör finden sollen." Also: widersetzlichen Untertanen soll wegen ihres ungesetzlichen Vorgehens in der Regel der Rechtsweg an die Reichsgerichte versagt werden. Aber selbst hier sind nach *v. Cramer's* und der Wahlkapitulation Ausdrucksweise („nicht leicht Gehör finden") sich aus den Umständen des Falles ergebende Ausnahmen möglich. Wie ist es nun aber mit Untertanen, die nicht durch Widerstand gegen den Landesherrn sich einer ungesetzlichen Handlungsweise schuldig gemacht haben und, nachdem sie der ihnen unrechtmäßig erscheinenden Vorschrift Folge geleistet haben, bei den Reichsgerichten sich über dieselbe beschweren?

---

1) Wetzl. Nebstd. 25 Th. S. 90/91.

Strube[1]) ist der Ansicht, daß es überhaupt keine Appellation gebe und *v. Cramer* scheint an einer andern Stelle[2]) dieselbe Ansicht auszusprechen. Aber in den Wetzlarer Nebenstunden 44, S. 109 sagt er unter Berufung auf *Ludof, Merius* und *Lyncker* ganz deutlich, daß die Appellation in Polizei-Sachen nicht vollständig ausgeschlossen sei. Überhaupt modifiziert diese Stelle die eben erwähnte andere. Die dort behauptete reichsgesetzmäßige Ausschließung der Appellation beruht auf Bestimmungen des J. R. A., über diese Bestimmungen aber führt *v. Cramer* hier sehr richtig aus: „Was ist nun aber diesfalls im Reichs-Abschied de A. 1654 § 106 versehen? Blos allein dies, daß in Policey-Sachen nicht sogleich Appellations-Prozesse, sondern vorher Schreiben um Bericht zu erkennen, mithin ist die Appellation in derley Sachen nicht schlechterdings verbotten." [3]) Da nun tatsächlich die Reichsgerichte öfters auf Appellation der Untertanen über die polizeilichen Befugnisse der Landesherrn entschieden haben, und wie wir sahen, auch die Bestimmungen der Reichsgesetze der Ansicht *v. Cramer's* nicht widersprechen,[4]) so müssen wir dieselbe für richtig halten

---

1) *D. G. Strube*, Von Regierungs- und Justizsachen S. 174. „Die Frage, ob dieses oder jenes in Policey-Sachen zu verordnen? gehöret überall nicht vor die Gerichte, sondern vor die höchste Landesobrigkeit selbst . . . . Von deren Verfügungen wird demnach keinem gestattet, an die höchste Reichsgerichte zu appellieren." — Diese Ansicht *Strube's* ist eine Folge der zu konsequenten Durchführung der Tendenz des betreffenden Werkes: Trennung von Justiz und Verwaltung, die um so seltsamer ist als er gleich nach der angeführten Stelle den Gerichten in Deutschland die Befugnis Polizeiverordnungen zu erlassen, ganz allgemein zuerkennt. Übrigens läßt *Strube* an anderer Stelle (Rechtl. Bedenken III S. 315) mit klaren Worten den „Rekurs an die Reichsgerichte" zu; vergl. darüber auch unten.

2) Wetzl. Nebstd. 128, S. 103: „Es ist reichsgesetzmäßig, daß in Policey-Sachen die Appellation an die höchsten Reichsgerichte nicht statt habe."

3) Vergl. auch Wetzl. Nebstd. 37 (I), S. 8, sowie 1, IV und 2, (VIII), S. 122 ff.

4) Vergl. auch Capitulatio Francisci art 15 § 5: alle „wider die Landesfürsten und Obrigkeit ohne derselben vorher schriftlich begehrten und vernommenen Bericht erteilten Processus . . . für null und nichtig erklären und dieselben cassiren und aufheben sollen und wollen." Also der Prozeß vor den obersten Reichsgerichten in Polizeisachen gegen den Landesherrn ist nicht ausgeschlossen, sondern nur von einer Prozessvoraussetzung abhängig gemacht.

und die Zulässigkeit der Appellation an die Reichsgerichte anerkennen, von der angeführten Parömie aber sagen, daß sie, wie viele ihresgleichen, um einer imponierenden Form willen mehr, oder gar etwas anderes zum Ausdruck bringt als tatsächlich dem Rechtszustand entspricht.

III. Art und Umfang der Überordnung der Reichspolizeigewalt.

§ 8.

A. Die Landespolizeigewalt kann von Reichswegen beschränkt und erweitert werden.

Wenn nun aber die Reichsgerichte auf Anrufung der Untertanen befugt sind über den Umfang der landesherrlichen Polizeigewalt zu entscheiden, so können die Urteile, die sie in dieser Kompetenz gefällt haben, „ebenso verbindliche Grundgesetze für ein Land abgeben, als wenn Landstände mit ihren Landesherren die feierlichsten Verträge errichten. . . . Und so sind die Urteile, welche das Kammergericht in den Wittgenstein'schen, Lippe-Detmoldischen, Nassau-Weilburgischen und andern Streitigkeiten erlassen hat, für alle diese Länder vollkommene Grundgesetze." „So können also einzelne teutsche Staaten grundgesetzliche Bestimmungen ihrer Verfassung erhalten, die bei unabhängigen Staaten gänzlich unbekannt sind und so kann endlich auch die Landeshoheit überhaupt von Kaiser und Reichs wegen Einschränkungen und Erweiterungen erhalten, die andern ebenso unbekannt sind." So die Lehre *Pütter's*;[1]) er führt ferner aus, daß es in der Tat nicht bezweifelt werden könne, daß ein allgemeiner Reichsschluß die Landeshoheit beschränken könne, und geht dann zu der Frage über, ob auch umgekehrt ein allgemeiner Reichsschluß die Rechte der Landeshoheit allgemein erweitern könne. Er kommt dann (§§ 16—27) zu dem Resultat,

---

1) *Pütter,* Beiträge I, XVIII, 11—14.

daß diese Frage doch wohl zu bejahen sei, da die Art und Weise, wie ein Reichsschluß zustande komme, genug Garantie gebe, daß die Landeshoheit nicht unbilligerweise zu Gunsten der Landstände eingeschränkt werde. Auch seien die tatsächlichen Zustände so, daß „die meisten, wenigstens die beträchtlichsten Reichsstände schon mit gutem Willen ihrer Landstände in Ansehung der Hoheitsrechte auf einen so billigen Fuß gesetzt sind, daß sie keiner neuen Reichsschlüsse zur Erweiterung ihrer Rechte bedürfen, noch auch als wohlgesinnte Landesväter dergleichen verlangen."

Wenn nun auch die Macht des Reichs seine Rechte durchzusetzen immer mehr dahinschwand, so sind diese Rechte doch nicht etwa durch non usus untergegangen: noch im 18. Jahrhundert ist usus nachzuweisen: Die Fälle von Mecklenburg und Bayern.[1]) Es erscheint mir deshalb durchaus falsch, wenn *v. Berg*[2]) sagt, die Polizeigewalt sei ein „dem Landesherrn eigentümlich zustehendes und die Reichspolizeigewalt in der Regel ausschließendes Regierungsrecht"; gibt doch noch die Wahlkapitulation *Josephs II.*[3]) dem Kaiser Recht und Pflicht über die Polizeiordnung zu halten. Wenn *v. Berg* dagegen sagt[4]): „Alle Gegenstände der Polizei, die zunächst und unmittelbar nur die einzelnen teutschen Länder angehen, gehören nicht in den Umfang der Reichspolizeigewalt, sondern sind der in der Landeshoheit mit begriffenen Landespolizeigewalt überlassen," so kann man dem insofern zustimmen, als die Reichspolizeigewalt wohl in späterer Zeit weder befugt war, noch sich für befugt hielt, unmittelbar verordnend in Polizeisachen der Landespolizei einzugreifen, andererseits aber muß man doch dabei bleiben, daß entgegen der in den beiden angeführten Sätzen vertretenen Meinung die Reichspolizeigewalt auch für die polizeilichen Verhältnisse der Einzelländer insoweit von Bedeutung blieb, als sie die Befugnisse der Landespolizeigewalt über diese Verhältnisse ein-

---

1) Vergl. unten S. 26 und auch den von *Pütter* angegebenen Fall, oben S. 20.

2) *v. Berg,* Handbuch T. I. S. 85.

3) Wahlkapitulation *Josephs II.* durch *F. E. Server,* Mainz 1764.

4) *v. Berg,* Handbuch T. I. S. 80.

schränken und erweitern konnte.[1]) Falsch erscheint mir dementsprechend auch, wenn *v. Berg* fortfährt: „Manche Vorschriften der R. P. O., die Gegenstände dieser Art betreffen, werden d a h e r mit Recht für veraltet und ungültig angesehen.“ Gewiß, manche Vorschriften der R. P. O. mögen veraltet und nicht mehr gültig gewesen sein, aber nicht aus diesem Grunde. Als sie erlassen wurden, war das Reich zu ihrer Erlassung befugt, sie sind also rechtsbeständig geworden und geblieben, und daran kann es garnichts ändern, daß 2 Jahrhunderte später ihren Urheber der Erlaß solcher Vorschriften n i c h t m e h r zukam. Wenn *v. Berg* hundert Jahre später gelebt hätte, dann würde er nach der von ihm angewandten Logik in allen Staaten, die damals eine Verfassung erhielten, alle vor dieser erlassenen Gesetze für ungültig erklärt haben.

§ 9.

B. Direkte Eingriffe von Kaiser und Reich sind in der Regel nicht zulässig.

Wenn man nun, wie mir scheint, der *Pütter*'schen Ansicht zustimmen und die Unterordnung der Landespolizeigewalt unter die des Reichs anerkennen muß, so muß man andererseits, wie

---

1) Einen Beweis dafür, daß die Reichspolizeigewalt noch im 18. Jahrhundert ihre Überordnung über die Landespolizeigewalt zur Geltung brachte, bietet das von *J. J. Moser*, Landeshoheit in Policey-Sachen, 1. cap. § 5 mitgeteilte Beispiel: „In der kayserlichen (dem Reichskonvent mitgeteilten) Resolution gegen Chur-Bayern von 1771. 20 Mart. heißt es: „Nachdem die in der Chur-Bayerischen Druckschrift mit der teutschen Reichsverfassung und so klaren Gesetzen, auch öffteren eigenen Chur-Bayerischen schuldigen Anerkenntnis offenbar streitende, und daher bereits von der Reichsversammlung besage des in Sachen an Ihro Kayserl. Majest. erstatteten Reichsgutachtens, mit Recht mißbilligte, so grundlose, als ahndungswürdige, Säze von ganz unerfindlichen Chur-Bayerischen Landeshoheits-Vorrechten & einer besagtem Churhaus in der Landes-Policey = = beygelegten Vollmächtig- & Unabhängigkeit von dem Herrn Chur-Fürsten in Bayern in dem an Ihro Kayserl. Majest. sub. dato 11 & praef. 22. Okt. a. p. erlassenen Schreiben bereits von selbsten mißkennet = = = worden; = = als hat es hiebey vor diesmal sein Bewenden.“ — Den 5. Juli darauf beschwerte sich zwar Chur-Sachsen in dem Churfürstlichen Collegio darüber, daß der Reichshofrath Chur-Bayern die Unabhängigkeit in der Landespolicey abgesprochen habe: Ich getrauete mich aber nicht, eine solche Unabhängigkeit nach unserer Teutschen Reichsverfassung zu behaupten.

soeben unter Modifizierung der *v. Berg*'schen Ausführungen gesagt wurde, Kaiser und Reich jede Befugnis aberkennen, unmittelbar verordnend in den Wirkungskreis der Landespolizei einzugreifen.[1]) So verpflichtet sich der Kaiser ausdrücklich in der Wahlkapitulation[2]) dazu, nicht durch Privilegienerteilung eingreifen zu wollen, und man wird wohl *Pütter*[3]) beistimmen können, daß es „im Ganzen jetzt als eine Regel des teutschen Staatsrechts angenommen werden kann, daß alles, was in der reichsständischen Landeshoheit begriffen ist (und dazu gehört ja die Polizei) heutigen Tages ordentlicher Weise ganz ausschließlich nur von jedem Reichsstande in seinem Lande ausgeübt wird, ohne daß eine kaiserliche Koncurrenz stattfindet." Aber obwohl „das Recht in Policeysachen Verordnungen zu treffen, jedem Stand in particulari heimgestellt" ist, bleibt trotzdem „die Oberaufsicht über das Polizeiwesen im Reich ein wesentlicher Act der kayserlichen Vorrechte, obgleich solche auch in gewisser Art vor die Reichsversammlung gehört."[4]) Daher kann der Kaiser, wenn der Landesherr so grob gegen seine Pflichten verstößt, daß im Interesse seines Landes oder des Reichs seine Absetzung oder wenigstens Einschränkung seiner Macht erforderlich scheint, die Sache an den Reichskonvent zur Erledigung gelangen lassen.[5]) Aus diesem Recht der Oberaufsicht und aus der übergeordneten Stellung der Reichsgerichte kann sich aber ausnahmsweise auch ergeben, daß die Reichs-

---

1) *J. J. Moser,* Teutsches Staatsrecht, 4. T. S. 514 ff. zählt einige Fälle auf, wo ausnahmsweise noch eine direkte Polizeigewalt durch den Kaiser in den Territorien ausgeübt wird. Hierher gehört z. B. das Postwesen.

2) Capitul. *Francisci,* Art. VIII, § 1: „Woneben wir fürohin keinerley von Unsern Vorfahren zu ertheilen nicht hergebrachte Privilegia, so derer Churfürsten, Fürsten und Ständen, in dero Territoriis zustehende Polizeywesen und hergebrachten Gerechtsamen in einerley Weg vorgreiffen, ertheilen, noch die etwa bereits ertheilten erneuern sollen noch wollen." Vergl. auch Wahl-Kapitulation *Josephs II.,* Art. VII, § 4.

3) *J. St. Pütter,* Beiträge I, S. 221.

4) Eine dem Reichsgutachten vom 17. August 1770 beigefügte Schrift, mitgeteilt von *J. J. Moser,* Landeshoheit in Policeysachen. S. 19.

5) *J. J. Moser,* „Von der Landeshoheit derer teutschen Reichsstände überhaupt." S. 264.

gewalt direkt in die Landesregierung eingreift, so sagt *J. J. Moser*[1]): „In gewissen Fällen treten die Reichsgerichte in des Landesherrn Stelle ein, z. E. wann derselbe das Recht versagt oder verzögert, ruffen sie die Sache von ihme ab und sprechen selbst darinnen .... Sogar können die Reichsgerichte denen Untertanen in gehöriger Ordnung und Maße auferlegen, in gewissen Fällen ihrem Landesherrn nicht zu gehorchen, sie können seine Befehle cassiren."

Auch nach *Pütter's* Ansicht[2]) ist es „möglich, daß in Fällen, wo die Ausübung landesherrlicher Rechte widerrechtlich versaget wird, die kayserliche Gewalt gleichsam an deren Stelle trete."

Als Beispiel führt er an die Fälle der Stadt Erfurt, Nürnberg und des Herzogs Karl Leopold von Mecklenburg, gegen seine Ritterschaft; Reichshofratskonklusum vom 5. V. 1770 in *Moser's* Staatsrecht, II. T. S. 454.

Dies ist also die Stellung, die die landesherrliche Polizeigewalt gegenüber der Reichspolizeigewalt einnimmt, jene Stellung, die es ermöglicht, daß das I. P. O. neben das liberum ius territoriale in politicis (8. § 1) setzt ein juramentum quo quisque Imperatori et Imperio obstrictus est (8. § 2).

§ 10.

Kap. 2. Abhängigkeit von den Landständen.

Man kann und muß die Landeshoheit, — so sagt *J. J. Moser*[3]) — wenn man einen völligen und gründlichen Begriff davon bekommen will, allemal notwendig nach zweierlei Umständen betrachten, nämlich nach dem Verhältnis zwischen einem Landesherrn und dessen Landeshoheit 1. in Absicht auf den Kaiser, als das Reichs-Oberhaupt, das Reich selbsten, und die höchste Reichs-Gerichte; sodann 2. in Absicht auf des Landesherrns Landstände

---

1) *J. J. Moser*, „Von der Landeshoheit derer teutschen Reichsstände überhaupt."
S. 215. Vergl. insbesondere die dort angeführten Proben aus den justissimis Decisionibus Imperialibus in causis Mecklenburgicis.

2) *J. St. Pütter*, Beiträge I., XVIII., 8.

3) *J. J. Moser*. Von der Landeshoheit überhaupt S. 12.

und Untertanen." Wie das von der Betrachtung der Landeshoheit im Allgemeinen gilt, so muß es auch bei der Untersuchung eines besonderen Teils derselben, der Polizeigewalt gelten. Was *Moser* ad 1 nennt, ist bereits besprochen, und es bleibt uns demnach nur noch, was er ad 2 anführt, zu betrachten. Wir wollen also zunächst die Grenzen suchen, die der landesherrlichen Polizeigewalt durch die Landstände gesetzt sind, um dann zu dem Hauptpunkt zu kommen: Die Rechte der Untertanen gegenüber der staatlichen Polizeigewalt.

„Wo aber Landstände vorhanden seind, sagt *Moser,* [1]) ist des Regentens Gewalt hierin insofern eingeschränkt, daß er nichts für sich allein, und ohne derselben resp. Vernehm- oder Bewilligung, thun darf, was denen mit denselbigen eingegangenen Verträgen, oder denen von ihnen erhaltenen Urteilen derer höchsten Reichsgerichte zuwider ist; es möchte sonsten des Landesherrns Absicht, ja die Sache würklich selbst, auch noch so gut sein, als sie immer wolle." *Moser* führt dafür Beispiele an aus Chursachsen, Halberstadt, Mecklenburg, Pommern und Würtemberg. Aber nicht nur in den angegebenen Fällen ist der Landesherr eingeschränkt, auch sonst, wenn er an und für sich zur selbständigen Erlassung einer Polizei-Verordnung befugt wäre, diese aber in Widerspruch stände „mit denen mit der Landstände Zuzieh- und Beistimmung beschlossenen und eingeführten gemeinen Landes-Rechten und Ordnungen; so ist der Regent allerdings gehalten, seine Landstände mit ihrem Gutachten darüber zu vernehmen." [2]) *D. G. Strube* [3]) ist zwar der Ansicht: „Wenn auch die Polizeiordnungen unter Mitwirkung der Landstände erlassen sind, so ist der Landesherr dennoch befugt Neuerungen vorzunehmen"; aber ich glaube, daß trotzdem

---

1) *J. J. Moser.* Von der Landeshoheit in Polizeisachen 1773. I. cap. § 6.

2) *J. J. Moser*, Schwäbische Nachrichten" 10. Stück, V, § 11. Seltsam ist, dass *Moser* hier (§ 12) behauptet, der Landesherr könne, sogar ohne Mitwirkung der Landstände, polizeiliche Anordnungen erlassen, die „nur gegen die gemeine geschriebene Römische . . . Rechte sind," während er doch sonst die Unterordnung der Landespolizeigewalt unter die des Reichs ganz klar anerkennt.

3) *D. G. Strubes* Rechtliche Bedenken, bearbeitet von Spangenberg 1827, II. Bd. S. 311.

Mosers unparteiischere[1]) Ansicht für die Länder, wo die Landstände wirklich noch zu Recht und Kraft bestanden, die richtige ist. In Ländern, wo der Landesherr befugt war, gemeinsam mit den Landständen gegebene Polizei-Verordnungen über den Haufen zu werfen und selbst durch neue zu ersetzen, da hatten eben die Landstände wenigstens für das Gebiet der Polizei schon gar keine rechtliche Bedeutung mehr. So mag denn *Strubes* Ansicht gar wohl für diejenigen Länder zutreffen, wo nicht, wie in manchen andern, z. B. Mecklenburg, vor Erlassung eines Polizeigesetzes der Landtag oder bei Periculum in mora wenigstens der Ausschuss gehört werden muß, wo vielmehr eine vorherige Kommunikation mit den Landständen durchaus „nicht erforderlich, meist aber ratsam“ ist.[2]) Wo aber die Landstände wirklich noch als ein Gesetzgebungsfaktor bestanden, da ist es sicher, daß der Landesherr nichts befehlen darf, was „denen Freiheiten und Gerechtsamen derer Landstände zum Nachteil gereichete.“ Entstehen Streitigkeiten zwischen Landesherrn und Landständen über beider Gerechtsame, so steht die Entscheidung darin den höchsten Reichsgerichten zu.[3])

Aber der Landesherr ist durch die Landstände nicht nur insofern beschränkt, als er sie hören muß, wenn er Polizei-Verordnungen geben will, sondern „der Landstände Gerechtsame in Policeysachen bestehen über das berührte, ferner darinn, daß sie befugt seyen von freien Stücken, und ohne, daß sie von dem Landesherrn dazu veranlaßt worden wären, darüber zu beratschlagen, und dem Regenten unmaßgäbliche Vorschlage zu thun, wie . . . . das Policeywesen in dem Lande verbesseret werden können.“ Bezeichnend für jene Zeit, daß es eine stolze „Gerechtsame“ und besonders hervorzuhebende Befugnis ist, einem durchlauchtigsten Fürsten „unmaßgebliche Vorschläge“ machen zu dürfen!

Wenn man diese bescheidenen Rechte der Landstände be-

---

1) *Strube* ist ein so prinzipieller Verfechter ausgedehnter landesherrlicher Macht, (vgl. unten S. 36 u. 56) daß man ihm in derartigen Fragen wenig Wert beilegen kann.

2) *Strube* a. a. O. II. Bd. S. 312.

3) *J. J. Moser*, Schwäb. Nachr. 10. St. § 11 und § 13.

trachtet, deren Anhörung nur in einzelnen Ländern erforderlich, in vielen nur „ratsam" war, staunt man, daß *K. F. Eichhorn*[1]) behauptet, das Recht der Polizeigesetzgebung, wie jeder Gesetzgebung, habe nicht zur Landeshoheit gehört, sondern sei in der gemeinschaftlichen Autonomie von Landesherrn und Landständen begründet gewesen. Diese gemeinschaftliche Autonomie entspricht meines Erachtens aber ebenso wenig wie der Wirklichkeit, der historischen Entwickelung. Das Ursprüngliche war die Macht der Landesherrn, ihre „Landeshoheit". Die Landstände hatten ursprünglich nur eine Pflicht, auf Geheiß des Fürsten zusammenzutreten und mit ihm zu beraten, aus der sich dann im Laufe der Zeit das Recht entwickelte, mit zu „raten", wo sie „mittaten" sollten. Durch dieses Recht wird im Laufe der Zeit die Landeshoheit eingeschränkt, sie bleibt aber immer das prinzipale, die Rechte der Landstände sind nur negative, die Landeshoheit begrenzende, stehen aber nicht neben ihr in gemeinschaftlicher Autonomie. „An der Landeshoheit hatte sich der deutsche Staat im Laufe vieler Jahrhunderte hervorgebildet und sein Dasein nur unter der Voraussetzung erhalten, daß das obrigkeitliche Recht als Recht des Landesherrn zur Erscheinung komme." [2]) Nur wenn man die landesherrliche Macht, eingeschränkt durch das „historisch wie politisch notwendig gewordene ständische Mitwirkungsrecht" als Mittelpunkt der staatlichen Gewalt ansieht, ist auch die spätere Entwickelung erklärlich, die wieder umgekehrt die Landeshoheit immer mehr auf Kosten der landständischen Gerechtsame erweitert. Während also so die Landeshoheit die ihr allmählich auferlegten Fesseln allmählich wieder löst, würde, wenn wir eine gemeinschaftliche Autonomie annehmen, die Tatsache, daß der Fürst die Herrschaft allein an sich nahm und die Landstände jegliche Bedeutung verloren, eine vollständige verfassungsrechtliche Umwälzung bedeutet haben, die sich kaum so unmerklich hätte vollziehen können, wie das in der Tat geschehen ist. Denn die Landeshoheit hat die ihr durch die Rechte der Landstände gezogenen

---

1) *K. F. Eichhorn,* deutsche Rechtsgeschichte III. S. 276. § 427.

2) *Perthes* a. a. O. S. 75.

Schranken beseitigt, fast ohne daß es jemals zu ernstlichem Widerstand kam.[1])

Auf gewohnheitsrechtlichem Wege schwanden die Gerechtsame der Landstände, so daß *Moser*[2]) mit Recht sagt: „Es gibt auch Lande in Deutschland, welche vormals unstreitig Landstände und Landtäge gehabt haben, die jedoch, durch die an Seiten der Untertanen nicht, oder doch nicht hinlänglich betriebene Zusammenberuffung derer Landstände darum gekommen seyend, daß sie nicht gewußt haben, wie es ihnen ergangen ist."

Nach alledem läßt sich über die Grenzen, die der landesherrlichen Polizei-Gewalt durch die Gerechtsame der Landstände gezogen sind, nichts für alle deutsche Territorien in den verschiedenen Zeiten schlechthin Geltendes sagen. Nur das ist fest zu halten: „**wo** Landstände seyn," d. h. wo sie tatsächlich noch staatsrechtliche Bedeutung haben (denn, wo sie jemals bestanden haben, da existieren sie auch noch später, formell aufgehoben sind ihre Rechte nicht), da müssen sie wie beim Erlaß anderer Gesetze, auch bei dem der Polizeigesetze hinzugezogen werden; also ist durch sie das landesherrliche Recht der Polizeigesetzgebung eingeschränkt, im übrigen aber sind der Polizeigewalt des Landesherrn durch die Rechte der Landstände keine Grenzen gezogen.

Kap. 3. Beschränkung der Polizeigewalt durch allgemeine Grundsätze.

§ 11.

I. Die rechtliche Natur und Verbindlichkeit der die Grenzen der Polizeigewalt bestimmenden allgemeinen Grundsätze.

Da es im Polizeistaat keine verfassungsrechtlichen Gesetze gibt, die der Polizeigewalt Grenzen setzen, so müssen wir iher

1) Vergl. über diese Entwicklung *Perthes* a. a. O. S. 59.

2) *J. J. Moser*. Von der Teutschen Untertanen Rechten und Pflichten. 1774. S. 91.

Grenzen aus ihr selbst, d. h. aus ihrem Begriffe zu bestimmen suchen. Dabei müssen wir natürlich den Begriff so nehmen, wie er in jener Zeit gefaßt wurde. Wenn wir nun die Theoretiker des Polizeistaats hören, so werden wir unter ihrer unendlichen Menge kaum zwei finden, die dasselbe lehren über den Begriff der Polizei. Da jedoch außerdem in der Praxis die Abmessung der Polizeigewalt allein ihrem Inhaber zukam,[1]) so muß es zunächst scheinen, als ob die Lehren der Theoretiker des Polizeistaats für uns von ebenso geringer rechtshistorischer, wie für ihre Zeit von praktischer Bedeutung seien. Betrachten wir z. B. was der bedeutendsten Einer, *J. St. Pütter*[2]) zu der Frage sagt, „ob, und wie weit ein Teutscher Reichsstand zu dem allen berechtiget sey.“ „So haben wir freilich keine Reichsgesetze, die hier Ziel und Maß geben, aber die N a t u r d e r S a c h e spricht laut genug, daß auch keine Landeshoheit einen Reichsstand weiter als zur Wohlfahrt des Landes berechtige.“ Das ist unzweifelhaft gerecht, was *J. St. Pütter* da von der Gewalt des Landesherrn sagt, aber, so scheint es, weiter ist es auch nichts: es ist gerecht, und deshalb ist es eine sittliche Forderung an den Landesherrn — wie *Pütter* an anderer Stelle[3]) sagt: fas est — daß er diese Grenzen seiner Gewalt inne halte. Nun ist es aber, wie wir bereits gesehen haben, vorgekommen, daß die Untertanen vor den Reichsgerichten ihre Landesherrn zur Verantwortung zogen, wegen Mißbrauchs ihrer Gewalt.[4])

---

1) Vgl. z. B. *J. A. Hofmann's* Unmaßgeblicher Entwurf (Marb. 1765), S. 23 „Der sachen halber stehet der hohen Polizei die macht zu I, die polizeisachen . . . . festzustellen.“ — v. Soden Staatspolizei S. 21 „Es stund den Regenten frei, von der Staatspolizei nur das abzusondern, was s i e abzusondern für gut fanden.“

2) *J. St. Pütter,* Beiträge I, XIX, 34, (S. 336).

3) *J. St. Pütter's* Instit. lib. III cap. I § 119.

4) Nicht nur die Reichsgerichte konnten von den Untertanen gegen die landesherrliche Gewalt angerufen werden, sondern, wie es in der Disputatio Juridia inauguralis de Subjectionis iure von Ch. Tentzel (Jena 1649) heißt, es standen ihnen zunächst (C X L IV) offen „octo viae, quae die Austräge appellantur.“ (Ordin. Camerae parl. 2 tit. 4.) Und erst „Si dominus praecise non observet, subditi de iustitia denegata in Camera Imperiali jure conquerantur.“ [Vergl. hierzu auch *O. Mayer* a. a. O. Bd. I S. 33 ff.] Auch gibt ihnen der

Diese Landesherrn hatten nicht gegen geschriebene Gesetze, die ihrer Macht Grenzen setzten, gehandelt; trotzdem urteilte das Gericht über deren Grenzen; diese müssen also doch nicht nur sittliche, sondern auch rechtliche gewesen sein! Was war das aber für ein Recht? Geschriebenes war es nicht, Gewohnheitsrecht wohl auch nicht, denn den Übergriffen der Fürsten, die die Anrufung der Reichsgerichte veranlaßten, gingen sicher meist schon eine Reihe anderer voraus, durch die die Geduld der Untertanen erschöpft war, so daß man in den meisten Fällen sicher eher von einem entgegengesetzten Gewohnheitsrecht sprechen konnte. Darin suchten auch die damaligen Juristen nicht den Grund, sie fanden ihn vielmehr im Naturrecht, im Staatsvertrage.[1]) Dem können wir uns nicht mehr anschließen. Die Sätze des Naturrechts als solche können wir heute höchstens noch als moralische Gebote anerkennen. Trotzdem verschwindet die Tatsache nicht, daß sie damals rechtliche Verbindlichkeit hatten. Wie ist es nun aber zu erklären, daß diese Gebote, die uns nur als moralische erscheinen, in jener Zeit als rechtliche gelten konnten?

Um dies entscheiden zu können, müssen wir erst einmal feststellen, was eigentlich der Unterschied zwischen einer sittlichen und einer Rechtsvorschrift ist. Früher sah man ihn allgemein darin, daß für die Rechtsnorm die Erzwingbarkeit ein wesentliches Erfordernis bilde.[2]) Dieser Unterschied ist weggefallen, als die

---

Verfasser in der naiven Weise jener Zeit, das römische ius civile auf öffentlichrechtliche Verhältnisse Deutschlands anwendend, eine Besitzklage: et remedio uti possidetis adversus recte experiuntur, si in possessione vel quasi a domino molestantur.

1) Z. B. *Becher's* Diskurs, I. T., S. 183. „Kein Regent in der Welt ist gesetzlos, auch in Ansehung seiner Regierung, denn das göttliche, natürliche Gesetz verbindet ihn und setzt bereits seiner Macht und Hoheit Schranken, die bekanntermaßen limites naturales heißen. Die Verträge mit seinem Volke, worauf ihn selbiges zum Regenten angenommen [i. e. „Staatsvertrag"], tun es gleichfalls und sind seine limites conventionales."

2) M. E. hat *Kant* nicht, wie verschiedentlich angenommen wird, die Erzwingbarkeit als ein essentiale des Rechts bezeichnet. Er hat dem Recht nur „eine Befugnis, den, der ihm Abbruch tut, zu zwingen," beigelegt. Damit gibt er aber der Rechtsnorm nur eine rechtliche Eigenschaft, noch keine tatsächliche, wie es die Erzwingbarkeit ist. — Er erklärt nur, daß sie befugt ist, d. h. die

herrschende Lehre zu der Erkenntnis kam, daß die Erzwingbarkeit durchaus kein essentiale der Rechtsvorschrift sei.[1]) Worin liegt dann aber der Unterschied?[2]) Unter Sitte verstehen wir 1. was der Gesellschaft als gut und recht erscheint und deshalb von ihr geboten ist; 2. in einem weiteren Sinne: das, was genauer Sittlichkeit, Moral genannt wird. Nur um diesen weiteren Sinn handelt es sich hier und da ist denn eine sittliche Forderung eine solche, die dem Menschen gebietet so zu handeln, wie ihm sein Verstand und sein Gewissen sagen, daß es gut, daß es recht ist. Ebenso legt die rechtliche Forderung dem Menschen auf, so zu handeln, wie es recht ist,[3]) (da der Zweck der Rechtsvorschrift Erfüllung der Gerechtigkeit ist).[4]) Während aber bei der sittlichen Forderung zuletzt das Gewissen des Menschen darüber entscheidet, was recht ist, entscheidet bei der Rechtsvorschrift einzig eine außerhalb des einzelnen Menschen stehende Macht darüber, was

---

rechtliche Möglichkeit hat zu zwingen, wenn die tatsächliche Möglichkeit dazu, die Erzwingbarkeit, gegeben ist. — Damit stimmt auch überein, daß Kant an der eigentlichen sedes materiae, nämlich da, wo er von dem Unterschied zwischen dem rechtlichen und dem sittlichen Gebot handelt, die Erzwingbarkeit des ersteren durchaus nicht unter dessen Eigenschaften erwähnt (ibidem, S. 19).

1) Vergl. z. B. *Erw. Grueber* in *Birkmeyer's* Enzyklopädie S. 14 und *Enneccerus*, Lehrbuch des bürg. Rechts, 3. Aufl. S. 68.

2) Wir müssen hier religiöse Gesichtspunkte ganz fortlassen. Zu welchen Resultaten man kommt, wenn man sich auf den Standpunkt einer Religion und sei es auch nur einer ganz allg. monotheistischen stellt, zeigt die „Juristische Encyklopädie und Methodologie“ von *Arndts*, Ritter von Arensberg (Stuttgart 1901, 10. Aufl., besorgt von *Grueber*). Dort heißt es S. 13: „Das Recht ist seinem höchsten Ursprung nach eine göttliche Ordnung; der Wille Gottes ist die Urquelle des Rechts.“ — Von diesem Standpunkte aus müßte Sitte ebenso definiert werden und zwischen beiden wäre kein Unterschied. — „Aber die Entfaltung und bestimmte Gestaltung des Rechts ist ein Produkt der Tätigkeit des Menschengeistes, das in der Geschichte der Menscheit hervortritt.“ — Wieder kein Unterschied von der Moral! Auch diese wandelt und entwickelt sich mit den Zeitanschauungen.

3) Vergl. *Kant*, Methaphysik der Rechtslehre S. 40 und die von ihm dort gegebene Auslegung Ulpians: honeste vive „sei ein rechtlicher Mensch.“

4) Jus est autem a iustitia appellatum, nam (ut eleganter Celsus definivit) jus est ars boni et aequi C. I pr. D. I; gerade der letzte Satz zeigt die nahe Verwandtschaft mit der Moral.

Recht ist.[1]) Damit ist auch schon der Unterschied zwischen beiden in ihrer Wirkung gegeben. Die sittliche Forderung wirkt nie unbedingt, sondern immer nur unter der Bedingung, daß unser Gewissen sie anerkennt, ihr die Bestätigung gibt. Unser Gewissen kann ihr also die Verbindlichkeit in der Weise nehmen, daß sie eben aufhört zu existieren. Anders bei der rechtlichen Forderung; von ihr kann uns unser Gewissen nicht mit Wirkung ihr gegenüber befreien. d. h. also mit der Wirknng, daß sie selbst dadurch aufhört zu existieren[2]); denn sie stammt ja von einer äußeren Macht her, nur eine solche kann sie wieder aufheben. Das also unterscheidet sie von der sittlichen Vorschrift: jene hat ihre Verbindlichkeit aus unserem Gewissen, die Rechtsnorm hat ihre Ver-

---

1) So auch *Jellineck*, Allg. Staatslehre S. 304 ff.: „Normen, die von einer anerkannten äußeren Autorität ausgehen." Für unrichtig jedoch halte ich es, wenn *Jellineck* und *Stammler* (Richtiges Recht S. 73) es als eine wesentliche Eigenschaft des Rechts im Gegensatz zur Sitte bezeichnen, daß es Normen nur für das äußere Verhalten der Menschen gebe. Kommt es im § 226 des B. G. B. lediglich auf das äußere Verhalten an? Erstreckt sich das Strafrecht nicht noch auf mehr als das äußere Verhalten, wenn zur Strafbarkeit der animus iniuriandi erforderlich ist und dieser andererseits eine äußerlich ganz korrekte Handlung zur strafbaren machen kann? — Anders ist es mit der zweiten wesentlichen Eigenschaft, die *Stammler* dem Recht im Gegensatz zur Sitte beilegt. Die sittliche Lehre „stellt Richtmaß und Verpflichtung auf, unbekümmert um die Gewähr einer Wechselseitigkeit", während das Recht eine „gegenseitig abwägende Normierung gibt." Die Richtigkeit dieses Unterschiedes (den übrigens schon *Fichte*, so formuliert hat), läßt sich nicht verkennen, besonders, wenn man die genauere Ausführung *Stammler's* sieht, deren Wiedergabe an dieser Stelle zu weit führen würde. Dieser Unterschied gibt aber nicht das äußere Charakteristikum, das wir suchen, denn die „gegenseitig abwägende Normierung" und „Gewähr der Wechselseitigkeit" bedeutet ja nicht etwa, daß ich dem, der mir Unrecht tut, wieder Unrecht tun darf (ein juristisches Monstrum, das sich nur im § 199 St. G. B. findet), sondern nur daß mir verboten wird, einem anderen Unrecht zu tun, aus dem Grunde, zu dem Zwecke, damit ihm auch verboten werden kann, mir Unrecht zu tun.

2) Daher ist der geistvolle, wenngleich bei oberflächlicher Betrachtung durchaus selbstverständlich und tautolog erscheinende Satz *Jellineck's*: „Alles Recht hat als notwendiges Merkmal das der Giltigkeit" sehr richtig und bedeutsam. Der Inhalt dieses Satzes ist identisch mit der von ihm im System der subj. öffl. Rechte S. 333 ff. genauer ausgeführte Lehre, daß das Recht eine Garantie haben müsse, denn „rechtliche Anerkennung schließt die Idee des Schutzes der Anerkannten in sich."

bindlichkeit aus sich selbst, sie hat die opinio necessitatis stets in sich.[1])

In die Erscheinung tritt diese dann durch ihre Wirkung: Die Überzeugung der Menschen, daß hier ein giltiger Rechtssatz vorliegt.[2]) Die Tatsache, daß die obersten Reichsgerichte Grenzen der landesherrlichen Polizeigewalt als rechtlich angenommen haben, beweist, daß eine solche allgemeine Überzeugung vorhanden war. Diese Überzeugung aber ist das Zeichen, daß Rechtsnormen mit der opinio necessitatis vorliegen. Aus diesem Grunde müssen auch wir speziell die die Polizeigewalt umgrenzenden Sätze des Naturrechts als Rechtssätze anerkennen: NORMA est![3])

Wenn wir nun dieses Recht einer der Kategorien, die man unter den Rechtsnormen zu unterscheiden pflegt, unterordnen wollen, so müßten wir sie allerdings unter Modifizierung des oben gesagten dem Gewohnheitsrecht zuweisen. Zwar wird oft, wie oben gesagt, in dem einzelnen Territorium sich eine entgegenstehende Gewohnheit gebildet haben, aber jene Sätze haben doch als Reichs- oder gemeines Gewohnheitsrecht ihre Geltung behalten und konnten auch durch entgegengesetzte Übung in dem einzelnen Territorium nicht aufgehoben werden. Der Satz: Landrecht geht vor gemeines Recht kann auf derartige öffentlich rechtliche Normen keine Anwendung finden; das ergibt sich aus der Reichsverfassung, aus der Überordnung des Reichs über die Landeshoheit. Eine einfache Konsequenz der Befugnis des Reichs, den Umfang der landesherrlichen Polizeigewalt zu bestimmen (vergl. oben § 8), ist es, daß solche durch Reichsgewohnheitsrecht, also auctoritate imperii, bestehende Beschränkungen nicht durch Landes-

---

1) Dieser, dem Rechte innewohnende Wille der Verbindlichkeit ist das entscheidende und daher ist es von tiefer Bedeutung, wenn Ulpian l. 1. § 10. D. I. sagt: iusticia est constans et perpetua voluntas suum cuique tribuendi.

2) Insofern kann ich auch *Jelineck* a. a. O. zustimmen, wenn er sagt: „Die Positivität des Rechts ruht daher **in letzter Linie** immer auf der Überzeugung von seiner Giltigkeit. Auf dieses rein subjektive Element baut sich die ganze Rechtsordnung auf.“

3) *Pütter*, Just. lib. III. cap. 1. § 119. communis utrique potestati nunquam negligenda NORMA est, ut tantum ad salutem publicam utraque locum habeat.

gewohnheitsrecht, also auctoritate principis, beseitigt werden können. — Gerade in diesem Punkt zeigt sich wieder der verwirrende Einfluß der Anwendung privatrechtlicher Normen auf öffentlich-rechtliche Gegenstände. Daß ein Landesherr seiner Gewalt von Reichswegen auferlegte Grenzen nicht kraft seiner landesherrlichen (also öffentlich-rechtlicher) Befugnisse aufheben konnte, darüber waren alle Juristen einig, daß es aber dem Recht widersprach, wenn er diese Grenzen überschreitende weitere öffentliche Rechte nach Zivilrecht ersaß, das entging ihnen vollständig. — Übrigens erscheint es mir durchaus noch nicht feststehend, daß man alle Rechtsnormen unter die beiden Kategorien des Gesetzes- und des Gewohnheitsrechtes unterbringen könne, und ich bin zweifelhaft, ob es nicht noch ein anderes, gewissermaßen latentes Recht gibt, das erst durch den Richter „gefunden" wird und erst dadurch in die Erscheinung tritt. Ein solches Recht, dessen Bestehen neben dem Gewohnheitsrecht mir auch *Enneccerus*[1]) anzuerkennen scheint, würde hier vorgelegen haben, bis die obersten Reichsgerichte es zum ersten Male festlegten. — Wie dem aber auch sei, daran wird nicht zu zweifeln sein, daß jene, die Polizeigewalt beschränkenden Sätze Rechtsnormen gewesen, mag man sie Gewohnheitsrecht oder anders nennen.

Nun liegen aber diese Rechtssätze durchaus nicht so klar offen — wie wäre es sonst möglich, daß man sie bisher immer übersehen hätte — sondern sie müssen erst aufgesucht werden. Aus den allgemeinen Normen des deutschen Staatsrechts und den Erkenntnissen der obersten Reichsgerichte gewinnt die Rechtswissenschaft allgemeine Grundsätze,[2]) von denen sie dann wieder auf dem Wege der Deduktion zu den leitenden Ideen für das Polizeirecht im deutschen Reich kommt; andererseits findet sie auf rein induktivem Wege Regeln, die tatsächlich die Polizeigewalt der Landesherrn bestimmen. Indem sie nun diese verschiedenen Sätze festlegt und mit dem Bewußtsein der Rechtsverbindlichkeit verkündet,

1) *Enneccerus*, a. a. O. S. 158, Ziffer 3.

2) Die Bedeutung derselben betont *Pütter* in interessanten Ausführungen: Beiträge I. S. 1 ff.

schafft sie dadurch ein Recht. Voraussetzung dabei ist natürlich, daß die aufgestellten Sätze nicht nur in den rein persönlichen Anschauungen des Autors, sondern in der allgemeinen Rechtsanschauung begründet sind. Nach diesem Gesichtspunkt müssen wir deshalb die Ausführungen der Theoretiker untersuchen, mit anderen Worten, wir müssen die — nicht nur in der Theorie, sondern anch in Wirklichkeit — herrschende Meinung finden: in ihr haben wir dann das geltende Recht.

II. Rechte der Untertanen, die der Polizeigewalt entgegenstehen können.

§ 12.

A. Allgemeines.

Wenn der Staat im Interesse der Allgemeinheit etwas befiehlt, so wird es oft geschehen, daß die Erwägungen politiae, der Politik, der Polizei — wie nahe liegen doch in jener Zeit die beiden Begriffe zusammen![1]) — mit den Rechten und Freiheiten der Bürger in Kollision geraten, und da fragt es sich eben: was muß dem andern weichen, und wie weit muß es weichen? oder: welches sind die Grenzen, die das Recht, von dessen Beschaffenheit wir eben sprachen, der Polizeigewalt setzt? Zunächst werden wir also zu untersuchen haben, ob überhaupt die Rechte und Freiheiten der Bürger dem politicum oder Interesse Status publici[2]) weichen müssen.

Wenn wir dann finden, daß dies der Fall ist, so wird unsere Untersuchung ferner dahin zu richten sein, inwieweit Rechte der Untertanen der Polizeigewalt keine Grenzen setzen. Das wird sich daraus ergeben, wie groß der Umfang der Polizeigewalt und dies wieder daraus, was ihr Begriff und ihr Zweck ist.

---

1) So sagt *v. Cramer* Wetzl. Nebenst. T. VIII. S. 80 ff.: Die Polizei bestehet „in prudenti ordinatione et Regimine totius Status publici." Ist Politik, wenigstens innere Politik, etwas anderes?

2) Dies ist nach der Definition *v. Cramer's* Wetzl. Nebenst. I. S. 88 das Objectum der Polizeisachen, eine Definition, die aber, wie bei *Rosshirt* a. a. O. S. 35 zu lesen „keine Pfeife Toback werth" ist.

Die Rechte der Untertanen, die der Polizeigewalt entgegenstehen können, teilt die Theorie jener Zeit in zwei Gattungen ein, wohlerworbene Rechte und solche, die nur auf der allgemeinen Freiheit der Untertanen beruhen.

Der Begriff der wohlerworbenen Rechte, wie er damals gefaßt wurde und wie er auch im folgenden gebraucht wird, ist, wie schon aus jener Gegenüberstellung ersichtlich, nicht identisch mit dem heutigen. Während für uns heute der Begriff des wohlerworbenen Rechtes mit dem des subjektiven Rechtes vollständig zusammen fällt, war er damals begrenzt durch zwei wesentliche Erfordernisse: besonderer Rechtstitel und bestimmtes Subjekt. Jus quaesitum est nifallor, quod speciali titulo adquisitum, non ex Sola libertate naturali obtinet.[1]) Die Entstehung dieses Begriffes der erworbenen Rechte ist auf folgende Weise zu erklären.[2]) Indem man damals die bloßen Reflexrechte, die in Wahrheit gar keine subjektiven Rechte sind, doch zu diesen rechnete, entstand das Bedürfnis, dem Unterschied zwischen beiden, den man zwar nicht klar erkannte, aber doch instinktartig ahnte, Ausdruck zu geben; deshalb schuf die Wissenschaft den Begriff der erworbenen Rechte, die sie als Unterabteilung der subjektiven Rechte denjenigen Rechten gegenüberstellte, die wir heute Reflexrechte nennen.

Nachdem nun die Wissenschaft zu der Erkenntnis gekommen ist, daß die Reflexrechte gar keine subjektiven Rechte sind, ist der Begriff letzterer mit dem der wohlerworbenen Rechte zusammengefallen und dieser daher entbehrlich geworden.

§ 13.

B. Collision zwischen wohlerworbenen Rechten und Polizeigewalt.

1. Auch wohlerworbene Rechte müssen bisweilen der Polizei

1) *Pütter* Just. lib. III. cap. 1. § 119.

2) Vergl. über die Entwickelung des Begriffes des erworbenen Rechts. *Schücking,* der Staat und die Agnaten 1902. S. 24 ff.

zum Opfer gebracht werden, sagt *von Berg*,[1]) aber nur, wenn sonst ihr Zweck nicht erreicht werden kann.

> Aus diesem Zusatz ergibt sich schon, wie verschiedenartig dieser Satz — seine wohl nicht anzuzweifelnde Richtigkeit vorausgesetzt — ausgelegt werden muß nach den verschiedenen Zwecken, die die verschiedenen Theorien der Polizei geben. So hat *von Berg* selber, insofern Zweck der Polizei die allgemeine Wohlfahrt ist, seinen angeführten Satz sehr eingeschränkt (Th. 2. S. 15): „Aufopferung wohlerworbener Rechte zur Beförderung der Allgemeinen Wohlfahrt kann in der Regel nicht verlangt werden.“ Davon später.

Auch *Pütter* lehrt, daß wohlerworbene Rechte der Polizeigewalt unterworfen sind, jedoch „nur auf eine sehr genau zu bestimmende Art und Weise.“ [2]) Weiter führt er aus: „Sofern wesentliche Zwecke der gemeinen Wohlfahrt nicht anders zu erreichen stehen, als wenn Beiträge von einzelnen Mitgliedern des Staats dazu erhoben werden; so muß freilich ein jeder sich gefallen lassen, auch das Seinige dazu beitragen, jedoch nie anders, als sofern alle Mitbürger (wenn nicht etwa ein oder andere ganz besondere gesetzmäßige Befreiungen, als außerordentliche Ausnahmen von der Regel zu statten kommen), in eben die Last gezogen werden und nicht über das Verhältnis, worin ein jeder gegen seine übrigen Mitbürger steht.“

Es gibt jedoch auch Fälle, „wo e i n z e l n e r Untertanen Eigentum ein Opfer fürs gemeine Beste abgeben muß, wenn die Erhaltung des gemeinen Wesens oder eines beträchtlichen Teiles desselben mit dem Eigentum eines einzelnen Mitgliedes in solche Collision kommt, daß jenes zu Grunde gehen, oder doch in die äußerste Gefahr des Verderbens geraten würde, wenn man nicht um das Ganze zu retten, lieber einen Teil aufopfern wollte.“

---

1) *v. Berg* a. a. O. Band I, S. 90.

2) *Pütter*, Beiträge I., XX., 12.

Bei dieser Frage lieben die alten Juristen auf die *lex Rhodia* zu analogisieren [1]) und das Naturrecht spricht von einem dominium supereminens des Staates.[2])

Noch weiter scheint *Strube*,[3]) der überhaupt sehr geneigt ist, der landesherrlichen Polizeigewalt möglichst weite Grenzen zu setzen, (in Anlehnung an *von Cramer*) gehen zu wollen, indem er behauptet, ein ius quaesitum eines Untertans brauche nur dann berücksichtigt zu werden, „wenn durch Verträge vom Landesherrn erlangte Rechte ihm durch Gesetze entzogen, oder in Policeysachen etwas den Reichsgesetzen zuwiderlaufendes verordnet werden solle." Den „Reichsgesetzen" würde zuwiderlaufen jeder Eingriff in Rechte, die nach gemeinem Recht gewonnen wurden, nicht aber in alle die, die nach partikulärem deutschen Gesetzes- oder Gewohnheitsrecht bestehen. Eine seltsame Unterscheidung, immerhin aber unter Herrschaft des „gemeinen römischen" Rechts erklärlich; doch möchte ich sie nicht als allgemein geltend annehmen, zumal sie von keinem anderen Schriftsteller gebracht wird.

Wenn der Landesherr etwas „zum Wohle des gemeinen Wesens für vorteilhaft" erachtet, so kann und braucht allerdings auf ein ius quaesitum des Untertans keine Rücksicht genommen zu werden;[4])

---

1) Ob die *lex Rhodia* nur als Beispiel angeführt wird, oder als eine direkt oder analog anwendbare Gesetzesstelle, habe ich bei den meisten Schriftstellern nicht klar erkennen können, im ganzen aber habe ich den Eindruck gehabt, als ob man die *lex* als analog geltendes Gesetzesrecht anwenden wolle.

2) *Grotius*. De princ. jur. nat. S. 103: respublica in res omnes subditorum supereminens habet dominium, ut de iis ad publicam utilitatem ita possit disponere ut commune bonum reipublicae postulaverit; vergl. auch *Pufendorff* de Officio Hom. et Civ. lib. II, cap. XV, IV (S. 596) Dominium eminens in eo consistit, ut urgente rei publicae necessitate bona subditi cuiuspiam quibus praesens tempus maxime opus habet, ad usus publicos arripi et adplicari queant; endlich auch *Wolff* ius naturae pars octava cap. I, § 111 „imperium continet dominium eminens tanquam partem potentialem. — Diese beiden Lehren, von der Anwendung der lex Rhodia und vom dominium eminens kennzeichnen so recht die Unfähigkeit jener Zeit für die Erkenntnis des öffentlichen Rechts und dessen Verschiedenheit vom Zivilrecht.

3) *D. G. Strube*, Rechtl. Bedenken, II. Bd. S. 468.

4) Wetzlarer Nebstd. 35, S. 148. Vergl. auch *D. G. Strube*, Rechtl. Bedenken, II. Bd. S. 468. Übrigens stimmen ja darüber alle zeitgenössischen

aber bei aller politischen Erwägung dessen, was zum Wohl des Staates erforderlich ist, darf das Recht nie vergessen werden, wie *Mevius* so hübsch sagt[1]: „Utut commoda rei publicae omni modo adiuvanda sunt, haud tamen ita ut istius causa cuiquam fiat iniuria. Illa enim constituitur et amatur, ut quisque sub ea iure fruatur."

Daher ist nach *Pütter's* Lehre[2]) sogar jedem, „der sich auf sein Eigentumsrecht oder andere wohlerworbene Gerechtsame beruft, das rechtliche Gehör nicht zu versagen, um allenfalls gerichtlich zu erörtern, ob er zum Widerspruche gegründete Ursache habe." Also ein Enteignungsverfahren vor den ordentlichen Gerichten. Leider führt *Pütter* kein Beispiel dafür an, daß, und wo ein solches in Gebrauch war.

Schade nur, daß diese Grundsätze, die der gewissenhafte Gelehrte in seiner Studierstube fand, und die ihm und auch wohl allen billig denkenden als verbindliche Rechtssätze erschienen, in den Augen der Fürsten nicht immer mit dieser Rechtsverbindlichkeit bekleidet waren. So ist ein anderer Jurist[3]) ja auch der Meinung, daß die landesherrliche Gewalt kein Recht habe, einen Untertan seiner wohlerworbenen Rechte „ohne gnungsame Ursache zu entsetzen"; er fügt aber dann, offenbar aus trüben Erfahrungen, resigniert hinzu: et haec tamen obligatio non coactiva est, cum praesupponamus, Principem non habere superiorem." Nun das letztere kann er ja im deutschen Reiche nicht „praesupponieren", da die Reichsgerichte die obligatio auf eine Klage der Untertanen

---

Autoren überein und falsch ist daher, wenn O. Mayer a. a. O. S. 30 sagt: „Auch in Ausübung seiner Hoheitsrechte darf der Landesherr niemandem sein wohlerworbenes Recht entziehen."

1) *Mevius* part. 3. decis. 204.

2) *J. St. Pütter,* Beiträge I., XX., 21.

3) *Ziegler* a. a. O. zitiert S. 24 ein Responsum Wittenbergense von 1661: „dieweil einem Landesfürsten nicht gebühret seinen Unterthanen dasjenige, so sie bono titulo an sich gebracht und besitzen aus eigenem Gefallen und Bewegnus zu entziehen oder sie dessen aus freier Macht ohne gnungsame Ursache zu entsetzen."

hin zu einer coactiva machen konnten. Insofern aber mag er Recht gehabt haben, als die Untertanen erst im Falle äußerster Not den sehr langwierigen Rechtsweg vor den Reichsgerichten beschritten, und vorher gar manches erduldeten, das zu unterlassen für den Landesherrn so lange eine obligatio non coactiva war. Je länger aber dieser Zustand gedauert hatte, desto größer wurde die Gefahr, daß er unabänderlich wurde, daß die obligatio des Landesherrn als eine verjährte eine non coactiva wurde. „Das ist grausam, klagt *F. C. v. Moser,*[1]) daß, wann eine arme unwissende Gemeine die rechtliche Folgen des Possessorii nicht bedacht, sondern in Gedult so lange gelitten hat, bis sie endlich aus Übermaß von Not den Richter gesucht, sie zuletzt in das ewige Petitorium verwiesen werden sollte.“

2. Zu den wohlerworbenen Rechten gehören auch die Privilegien. Der Regent ist schuldig, „den Privilegierten bei dem ihme versprochenen zu schützen und handzuhaben“,[2]) daher dürfen auch die Privilegien nicht der Polizeigewalt zum Opfer gebracht werden, „ohne daß dem Staat ein beträchtlicher Vorteil daraus entsteht.“ Andererseits aber müssen sie der wohlangewandten Polizeigewalt weichen, z. B.: „Die Landesobrigkeit kann die von den Städten, denen Handwerkern und Innungen erteilte Privilegien zur Beförderung des allgemeinen Besten mindern und aufheben,“ [3]) doch glaube ich, daß es Privilegien gegeben hat, die der Polizeigewalt des Landesherrn absolute Grenzen gesetzt haben. Es sind dies die Privilegien, die Personen des öffentlichen Rechts zustanden.[4])

---

1) *F. C. v. Moser,* Über Regenten u. s. w. S. 352.

2) *J. J. Moser,* Von der Landeshoheit in Gnadensachen, S. 46.

3) *D. G. Strube's* Rechtliche Bedenken, 2. Bd. S. 320.

Vergl. auch *Delamare* a. a. O., Bd. I S. 164: „Comme il n'y a rien de plus favorable que le bien public, qui est l'objet de la Police, tous les autres privilèges lui cèdent. C'est sur ce fondement qu'elle n'est sujette à aucun renvoy ou évocations.

4) Für Privilegien dieser Art begründet *D. G. Strube* in seinen Nebenstunden I, I § 32 (S. 134) ihre Unantastbarkeit gegenüber der landesherrlichen Gewalt durch eine Analogie mit J. P. O. art. 10 § 16 und art. 20 § 4, 8. — Der Reichspolizeigewalt mußten übrigens auch diese Privilegien weichen: vergl. R.-A. v. 1551, § 71: „Und nachdem etwan hin & wieder in Städten &

So haben manche Städte sich ihre Polizeigewalt erhalten[1]) und wenn auch die landesherrliche Polizeigewalt neben dieselbe trat, so verdrängte sie jene doch nicht ganz, sondern es ist nach *v. Cramer*[2]) „ehender eine Compossession und concurrente Gerichtsbarkeit als ein ausschließliches Bannrecht.“ Doch trage ich Bedenken, diese von dem Reichskammergericht angenommene Compossessio für einen allgemein anerkannten Rechtszustand zu halten, vielmehr erscheint es mir zum mindesten fraglich, ob nicht da, wo noch eine Autonomie in Polizeisachen zu bestehen scheint für adlige Herrn, Städte, Zünfte[3]) diese Polizeigewalt nach den

---

Flecken, alte Gebräuch und Gewohnheiten hergebracht, die den Rechtmäßigen, billichen dieser Policey-Ordnung auch gemeinem Nutz etwas zuwider sein sollen,“ u. s. w. „So thun Wir angeregte der Städt, Flecken & Zunfft sonderbare gefreyte Ordnung, Gebräuch, Herkommen & Gewohnheiten, dieser Policey-Ordnungen & Satzungen zuwider und entgegen, aus Unser Kayserl. Macht, Vollkommenheit, rechten Wissen & eigner Bewegnuß, hiemit aufheben, abthun, cassiren & vernichten.“

1) Vergl. *J. St. Pütteri* Elementa iuris publici Germanici S. 225: Hodie itaque cura politae . . . in Germania comparata est ita, ut in quovis potissimum territorio politia legibus dirigatur, nonnullis modo specialibus capitibus vel adhuc autonomiae urbium relictis.

2) Wetzl. Nebstd. 121, II, Von denen Schranken der Selbstgelassenheit derer Reichsstände, § 36. — In dem dort (S. 91 ff.) behandelten Falle hatte die Innung zu Peina 1636 den Verkauf von schlechtem Fleisch verboten (§ 2) bei einer vom Rate willkürlich zu bestimmenden Strafe (§ 3). Der Rat erlaubte dagegen das Weiden von 30 Böcken auf der Stadtweide. Dieselben Bestimmungen wegen des Fleischs hatte Churfürst Maximilian Heinrich zu Köln gegeben, (als Bischoff von Hildesheim, an dessen Stift 1620 die Grafschaft Peina gefallen war), im Jahre 1686 mit Ausnahme des Vorbehalts der Straffestsetzung durch den Rat (§ 6). Im Jahre 1726 wurde durch den sog. Peinischen Stadt-Rezeß dem Rat die Polizei zugesprochen, Erteilung von Strafen wurde ihm jedoch nicht gestattet (§ 7). Tatsächlich sind nachher oft polizeiliche Maßregeln vom Rat ergriffen worden (§ 8), „hingegen hat es bei dem Amt an Erledigung solcher Zunfft-Sachen auch nicht gefehlet“ (§ 9). Auch setzte der Rat eine Fleischtaxe fest. Der Amtmann behauptet aber, „daß die Knochenhauer-Gilde unter des Amts Cognition stehe und der Rat derselben keine Fleisch-Tax vorschreiben könnte.“ Dieser wiederum beruft sich „auf das Stadtrecht und demselben anklebende jura politiae.“ — Dies ist der Streit, der nach dem angeführten Grundsatz vom Reichskammergericht entschieden wird.

3) Ein Hauptteil der städtischen Polizei, die Handwerkspolizei wurde nur in einzelnen Städten von Richter und Stadtrat gehandhabt (z. B. in Landshut),

damaligen Rechtslehren und Verhältnissen juristisch einfach als eine Delegation eines Teiles der landesherrlichen Polizeigewalt (der niederen Polizei) zu konstruieren ist. *Moser* wenigstens vertritt letztere Ansicht.[1]) Aber außer diesen gewöhnlichen Gerechtsamen der Städte gibt es noch einige andere Privilegien, von denen es meines Erachtens unzweifelhaft ist, daß sie der Polizeigewalt des Landesherrn nicht unterworfen sind, und zwar weil sie von Reichswegen bestehen. So hat z. B. der Reichs-Erzmarschall und Erbmarschall das Privileg, daß ihm die Lokalpolizei zusteht „an den Orten, wo Reichsversammlungen oder Zusammenkünfte gehalten werden . . . . sowohl beim Anfang, als während der Dauer eines Reichstages“ [2]); und in Wetzlar ist durch Vertrag zwischen Magistrat und Kammergericht diesem eine Mitwirkung im Polizeiwesen der Stadt zugestanden worden.[3])

§ 14.

C. Kollision zwischen Freiheiten und Polizeigewalt.

Der Landesherr, sagt *Moser,*[4]) „darf nichts befehlen, was denen Freiheiten und Gerechtsamen . . . derer Unterthanen zum Nachteil gereicht.“ Was die Gerechtsame anbetrifft, so haben wir bereits gesehen, daß sie der Polizeigewalt zwar Grenzen setzen, aber nicht immer und unter allen Umständen. Ebenso ist es aber auch mit den Freiheiten der Untertanen. Im Allgemeinen war man in jener Zeit allzusehr geneigt, die Rechte der Polizeigewalt mehr als die der Untertanen zu berücksichtigen. Daher sahen

---

meist aber ganz selbständig von den einzelnen Zünften durch selbstgewählte Organe, eine Anzahl geschworener Meister. Zuweilen waren jedoch auch diese geschworenen Meister Organe der städtischen Verwaltung (so z. B. in Straubing) vergl. Rosenthal. Beiträge zur deutschen Stadtrechtsgeschichte 1883. S. 40. S. 239.

1) *J. J. Moser,* Von der Landeshoheit in Polizeisachen S. 501 f. „Die niedere Policey hingegen begreiffet die Rechte in Policeysachen, welche auch mit Land und Leuten abgefundenen nachgebohrenen Herren, ingleichen Landsassen, Stadtmagistraten und anderen Unterobrigkeiten überlassen werden.“

2) *v. Berg* a. a. O. Bd. I S. 100.

3) Wetzlarer Nebst. 58., II. (S. 64).

4) *J. J. Moser,* Schwäb. Nachr. 10 St. V. § 11.

sich die Rechtslehrer immer wieder veranlaßt auszuführen, daß diese durchaus nicht so vernachlässigt werden dürfen, und betonten nun oft einseitig die Rechte der Untertanen. So z. B. *Moser* in der eben angeführten Stelle, so auch *von Cramer* in den Wetzlarer Nebenstunden[1]: „Es kommt darauf an, daß genau untersucht werde, ob die von dem Landesherrn oder dessen Regierung intendierte Verordnungen oder Veränderungen, wenn sie auch gleich das gemeine Wesen betreffen, also beschaffen sind, dadurch die Unterthanen ihre Jura quaesita nicht verlieren noch an ihren Privilegiis und Freiheiten gekränkt werden." Ja, sogar die Behörden mußten Veranlassung nehmen, immer wieder die Rechte der Untertanen hervorzuheben, z. B. „Anno 1688 I. Oct. flosse in ein Kayserliches Dekret in denen Ostfriesischen Streitigkeiten ein: „Als soll auch hinwiederum der Landesfürst gegen vorhergefragte würckliche Bezeugung seiner gehorsamsten Landstände dieselben und alle Unterthanen, bei ihren Privilegien alten Herkommen und guten Gewohnheiten, auch ihrem Haab und Gütern, um- und außerhalb Landes der Billig- und Gerechtigkeit nach ganz ungekränkt lassen." [2]) Diese Sätze aber, die aus der Reaktion gegen eine allzuweite Ausdehnung der Polizeigewalt entstanden sind, sind durchaus nicht so zu verstehen, als ob die Polizeigewalt immer vor den Freiheiten der Untertanen halt machen müßte. Nein, ebensowenig wie die Gerechtsame der Bürger der staatlichen Polizeigewalt absolute Grenzen setzen, ist dies mit ihren Freiheiten der Fall. Vielmehr fordert der „ausgebreitete Zweck der Polizei von den Staatsbürgern die meisten und wichtigsten Opfer in Ansehung ihrer natürlichen Freiheit." [3]) Hierzu führt *v. Berg* aus[4]: „Der Staatsbürger ist in dieser Hinsicht unstreitig verpflichtet, alles das zu unterlassen, was zwar an sich nicht unerlaubt, aber der Wohlfahrt des Staates nachteilig ist. Die Polizei ist berechtigt, die natürliche Freiheit desselben auf Handlungen

1) Wetzlarer Nebstdn. 7., S. 84.

2) *J. J. Moser*, „Von der teutschen Unterthanen Rechten und Pflichten."

3) *v. Berg* a. a. O. Bd. I S. 7.

4) *v. Berg* a. a. O. Th. 2. S. 13. Vergl. auch Th. 1. S. 159.

einzuschränken, die der allgemeinen Wohlfahrt dienen und ihn zu Handlungen zu bestimmen, welche dieser, ihr Zweck notwendig macht." Auch *Pütter*[1]) geht von der naturrechtlichen Grundlage aus, daß die allgemeine Gleichheit und natürliche Freiheit einem jeden das Recht gebe, seine Handlungen nur nach seinem Gutfinden einzurichten, und insonderheit mit seinem Eigentum zu tun oder zu lassen, was ihm gut dünkte, ohne von andern sich einschränken zu lassen.

In der bürgerlichen Gesellschaft könne aber, „sobald es die gemeine Wohlfahrt erfordert, durch Vorschriften der höchsten Gewalt die natürliche Freiheit der Unterthanen eingeschränkt werden, um nur des gemeinen Besten wegen etwas nicht tun zu dürfen, oder etwas leiden zu müssen, wozu man sonst nach der natürlichen Freiheit nicht verbunden sein würde.

So zweifelt niemand, daß die Freiheit nach Willkür zu bauen oder eigentümliche Holzungen zu benutzen, von höchster Gewalt wegen eingeschränkt werden kann, sofern es des gemeinen Besten wegen nötig ist, dafür zu sorgen, daß keine Feuersgefahr oder kein Holzmangel entsteht[2]) usw., oder daß ich leiden müsse, meinen Schornstein fegen zu lassen, u. dgl., wo ich nach der natürlichen Freiheit nicht schuldig wäre, jemanden wider meinen Willen meine Thür zu öffnen.

Insoweit ist die Einschränkung der natürlichen Freiheit allerdings der höchsten Gewalt, und also auch der Landeshoheit eines teutschen Reichsstandes unterworfen; jedoch so, daß sie doch von Rechts wegen nie anders geschehen kann, als sofern es das gemeine Beste erfordert."

§ 15.
D. Folgen der Verletzung dieser Grundsätze.

Nur wenn das gemeine Beste „es wirklich erfordert, sind die Staatsbürger verpflichtet, auch gegen ihre natürliche Freiheit durch die Polizeigewalt ihre Handlungen bestimmen zu lassen." So

1) *Pütter*, Beiträge I, XX., 2—5 (S. 352 ff.).

2) Dies hier von *Pütter* angeführte Beispiel ist bezeichnend dafür, wie die meisten vom Polizeistaat den Bürgern aufgelegten Beschränkungen ihrer

v. Berg,[1]) und seine Ansicht scheint allerdings der Vorstellung vom Staatsvertrag zu entsprechen: Die Bürger haben mit dem Fürsten einen Vertrag abgeschlossen, damit dieser die Allgemeinheit zu ihrem Besten leite; er tut dies nicht so, wie es ihnen richtig dünkt: sie treten von dem Vertrage zurück. Das scheint ganz logisch, und in der Tat zieht auch *Christ. v. Wolff* ähnliche Folgerungen aus dem Staatsvertrage.[2]) Si superior involat in jus populo . . ., injuriam populo facit et illi resistere eumque coercere licet. — Aber dies Widerstandsrecht entspricht ebensowenig dem praktischen Leben, als den Lehren der meisten Naturrechtler. Die höchste Gewalt besteht nach der Naturrechtslehre darin, quod unusquisque civium omnem suam vim & potentiam, in illum hominem vel concilium transtulit. Quod fecisse (quia vim suam in alium transferre naturali modo nemo potest) nihil aliud est quam de iure suo resistendi decessisse.[3]) Wenn man dann andererseits in den Schriften über das geltende Polizei- und allgemeine Staatsrecht des Polizeistaats alle die umständlichen Abhandlungen über die Pflichten der Untertanen zu Gehorsam und Ehrerbietung[4]) liest, so kann man gar nicht darüber im Zweifel sein, daß die Untertanen keineswegs jenes von *Berg* und

natürlichen Freiheit, Maßregeln der ökonomischen Politik waren: so z. B. das Verbot, morgens Kaffee zu trinken (Kaffee kommt aus dem Ausland, seine Einführung konnte zu einer Unterbilanz führen), das Gebot, seidene Westen zu tragen (wenn im Inland die Seidenzucht oder wenigstens die Seidenindustrie getrieben wurde) u. dergl. m.

1) *v. Berg* a. a. O. 2. Th. S. 15.

2) *Christ. v. Wolff,* Jus naturae, pars octava § 1047, vergl. auch § 1044: Si superior imperat legi naturali repugnantia, obediendum non sit und § 1046: Si superior imperat legibus fundamentalibus (Landesgrundgesetzen, -Verfassungen) adversa; subditi obedire non obligantur. Übrigens ist dies Widerstands-„Recht" ein sehr seltsames Recht: wenn die Berechtigten es ausüben und der Landesherr sie deshalb bestraft (poenis afficere „audeat") — patienter ferendum! (§ 1045).

3) *Hobbes,* De Cive cap. V, XI (S. 87); vergl. auch *Grotius* a. a. O. S. 99: nec ei resistere ullo modo liceat.

4) Z. B. nur die im Vergleich zu den meisten anderen sehr maßvoll gehaltenen Ausführungen *J. J. Mosers* im 7. cap. „Von der Unterthanen Rechten und Pflichten." Vergl. auch unten S. 60.

Wolff behauptete Widerstandsrecht hatten; daß sie vielmehr immer zum Gehorsam verpflichtet sind, auch wenn der Landesherr ihnen Freiheiten nimmt, die zu berücksichtigen er verpflichtet gewesen wäre. Allerdings können die Untertanen bei den Reichsgerichten dann, wenn sie jenem ihnen unbillig erscheinenden Befehl gefolgt sind, aber auch nur dann [1]) Beschwerde einlegen, weil nach ihrer Ansicht das allgemeine Staatswohl jene Maßregel nicht erfordert. Ob jene allerdings befugt sind, über die Erforderlichkeit der Maßregel zu entscheiden, ist eine andere Frage. *Struben* [2]) verneint sie und führt ganz richtig aus, die Reichsgerichte seien bestellt, „Recht und Gerechtigkeit zu handhaben, keineswegs aber um Gesetze zu machen und zu bestimmen, was Land und Leuten das Nützlichste ist.“ Wenn er allerdings als Grund hinzufügt: „Sonst würde die Landeshoheit wenig bedeuten“, so erscheint uns das etwas seltsam, ist aber bezeichnend dafür, wie man im Polizeistaat im Allgemeinen und jener Schriftsteller ganz im besondern die Staatshoheit als Selbstzweck betrachtete. Immerhin scheint mir in dieser auf sehr feinen Unterscheidungen beruhenden Frage der Rechtszustand der gewesen zu sein, wie ihn *Struben* [3]) mit folgenden Worten schildert: „Was aber den Rekurs an die Reichs-Gerichte anlangt, so ist solcher allerdings erlaubt, wenn ein Reichsstand zur Beförderung des Kameralinteresse, oder auch, um den Unterthanen wehe zu thun, deren Freiheit schmälert, keineswegs aber, wenn er in der besten Absicht eine den Verträgen nicht zuwiderlaufende Verordnung macht, von den Unterthanen aber deren Nutzen in Zweifel gezogen wird, und die Reichs-Gerichte der letzteren Meinung billigen.“

Also: es gibt gewisse Grenzen, innerhalb deren die Polizeigewalt sich bewegen muß, wenn sie mit Rechten der Untertanen in Kollision kommt. [4]) Welches diese Grenzen sind, wird nun zu untersuchen sein.

1) Vergl. oben § 7 (s. 14 ff.).

2) *D. G. Strube's* Rechtliche Bedenken, II. Band S. 315.

3) ibidem.

4) Seltsamer Weise kommt *O. Mayer* in seinem Verwaltungsrecht Bd. I S. 28 a. E. zu einem anderen Resultat, obwohl er S. 30 behauptet: „auch in

III. Bestimmung der Polizeigewalt durch ihren Begriff und ihren Zweck.

Vorbemerkung: Als die Reichsgesetzgebung zum ersten Male Namen und Begriff der Polizei verwandte, gab sie keine Definition dieses Begriffes und bei Nennung der einzelnen Gegenstände der R. P. O. kann, wie oben erwähnt, eine erschöpfende Aufzählung der Gegenstände der Polizei, also eine Bestimmung des Umfanges der Polizeigewalt, nicht als beabsichtigt angenommen werden. Auch die französische Gesetzgebung, die sich vor der deutschen mit der Polizei beschäftigt hatte, erwähnt nur einzelne Gegenstände der Polizei: la menue marchandise, les métiers, les chemins usw. (Edikt vom März 1667). Wenn die älteren Juristen von Politia sprechen, so verstehen sie darunter oft noch dasselbe, was dem alten Begriff der *πολιτεία* entspricht, daneben aber hat sich „in der Praxis und namentlich in der Reichsgesetzgebung ein anderer, dem heutigen verwandter Begriff der Polizei ausgebildet, Ordnung und Polizei werden da gewöhnlich zusammengestellt und als eine Art Sittenaufsicht betrachtet. Es scheint, daß dies mit dem ganzen ethischen Gepräge des Staates bei den Alten zusammenhängt, wonach man bei dem Wort Politeia oder Polizei vorzugsweise an Maßregeln dachte, die sich auf die Sitten bezogen." [1]) Daraus können wir noch nicht auf bestimmte Grenzen der Polizeigewalt schließen, sondern gewinnen nur den Eindruck, daß diesem „ethischen Gepräge des Staats" ein sehr tiefer Eingriff der Polizeigewalt in das Privatleben der Bürger entsprechen mußte. Untersuchen wir deshalb, was die Juristen des Polizeistaats unter Polizei verstehen! Was sie für das Wesen und den Zweck der Polizeigewalt halten, das wird uns auch die Grenzen zeigen, die nach

---

Ausübung seiner Hoheitsrechte darf der Landesherr niemanden sein wohlerworbenes Recht entziehen" (vergl. übr. oben) und keinen Zweifel darin setzt, daß in Polizeisachen immer an die Reichsgerichte appelliert oder bei ihnen geklagt werden kann.

Auch *Georg Meyer* (Lehrbuch des deutschen Verw.-Rechts 2. Aufl. I. S. 37) nimmt fälschlich an, daß „kein der Verwaltung gegenüber geschützter Rechtskreis" bestand.

1) *Bluntschli* a. a. O. Bd. III S. 63.

ihrer Ansicht der Polizeigewalt gesetzt waren. „Fehlt es an positiven Bestimmungen, so ist nicht Willkühr, sondern das aus der Natur und dem Zwecke der Policeygewalt unmittelbar entspringende Recht die Entscheidungsnorm.“ [1])

§ 16.
A. Zweck der Polizei ist das gemeine Wohl.

Hören wir zunächst eine allgemeine Darstellung der Polizei von jenem bedeutenden Schriftsteller dieser Zeit, von dem sein berühmtester Kritiker [2]) sagt, daß er „durch die Klarheit seines Vortrags auch Klarheit in den Gegenstand“ brachte: *Johann Stephan Pütter.* [3])

„Ea supremae potestatis pars, qua exercetur cura avertendi mala futura in statu reipublicae interno in commune metuenda, dicitur ius POLITIAE. Cuius proinde ambitus I) fere tot in obiectis versatur, quot cogitari possunt securitatis et salutis internae impedimenta, sive ea in factis hominum nocinis, sive in alio quacumque casu fatali consistant; quorum alia tam II) universam rempublicam, alia singulas in ea universitates concernere possunt; iterumque III) alia solius politiae obiecta sunt, veluti incendia, contagia etc., alia vel alias simul supremae potestatis partes spectant veluti ut ne in re iudiciaria criminali etc. abusus irrepant. Ipsius autem causa IV) mox singularia dantur instituta, veluti exubiarum, visitationum cet.; mox libertas civium naturalis in iis, e quibus malum futurum metui posset, ad hoc avertendum restringitur, sine prohibendo alias licita, sine praecipiendo facere patine, quae ex libertate naturali facere patine non erat opus; mox denique e medoi tolli curatur, quidquid publicum in detrimentum vergere potuerit. V) Promovendae salutis cura proprie non est politiae, nisi quatenus ea mente agitur, ut tanto lautior sit status isti malo, quod metuebatur, directe oppositus.“

1) *v. Berg,* Bd. I S. 33, hier wieder das „Recht“, das in dem allgemeinen Bewußtsein begründet, nur durch die Ausführungen der Theorie festgelegt ist.

2) *Goethe,* Aus meinem Leben. II. T. 7. Buch.

3) *J. St. Pütter,* Institutiones iuris publici germanici lib. VII. cap. III. DE IURE POLITIAE § 33, I.

Daraus sehen wir: es wird eine Menge von Gegenständen aufgezählt, wesentliches für den Begriff und Zweck der Polizeigewalt wird aber nur damit gesagt, daß sie künftige Gefahren für den Staat abwenden soll: Sicherheitszweck, hingegen in der Regel nicht die allgemeine Wohlfahrt, fördern soll: Wohlfahrtszweck proprie non est politiae. Das gibt uns schon Anhaltspunkte: wenn also die Polizeigewalt überhaupt befugt ist, in die Rechtssphäre der Untertanen einzudringen, so würde dies nur geschehen können, weil es die Sicherheit, unter besonderen Umständen, weil es die Wohlfahrt des Staates erfordert. So sagt *Pütter* selbst,[1] „daß auch keine Landeshoheit einen Reichsstand weiter als zur Wohlfahrt seines Landes berechtige". *Sonnenfels* setzt dieselbe Grenze der gesetzgebenden Gewalt.[2] Während nun neuere Schriftsteller an dem Satz *Pütters:* Promovendae salutis cura proprie non est politiae die Hinzufügung des Wörtchens proprie aufs schärfste tadeln, da *Pütter* damit auf dem Wege zu einer klaren Abgrenzung des Polizeibegriffes auf der Hälfte stehen geblieben sei, wird wohl gerade dieses Wörtchen seinen Zeitgenossen jenen Satz haben entschuldbar erscheinen lassen. Zwar geben einzelne Naturrechtslehrer[3] die Sicherheit des Einzelnen als den einzigen nächsten Zweck an, der durch Abschluß des Staatsvertrags erreicht werden sollte, aber man wird nicht daran zweifeln können, daß dem Polizeistaat außer dem Sicherheitszweck auch der Wohlfahrtszweck zugrunde lag. „Die Einwilligung aller Staatsgenossen in den untergeordneten Zweck der allgemeinen Wohlfahrt kann präsumiert

1) *J. St. Pütter,* Beiträge I., XIX., § 34 (S. 336).

2) *v. Sonnenfels* a. a. O. I. § 76 (Begründung aus dem Staatsvertrag); im Übrigen war man sonst wohl geneigt die Gesetzgebungsgewalt des Landesherrn für unbeschränkt zu erklären und durch sie die der Polizeigewalt gezogenen Grenzen zu umgehen. Ein Beispiel dafür bildet der von *Anton Faber* in der Neuen Europäischen Staats-Kanzley 15 T. S. 81 mitgeteilte Fall.

3) *Hobbes,* De Cive cap. VI, III. (S. 93) Securitas enim finis est propter quem homines se subjiciunt aliis. — *Pufendorff* a. a. O. Lib. II, cap. V, VII. (S. 465) Genuina igitur & principalis causa, quare patres familias, deferta naturali libertate ad civitates constituendas descenderint, fuit UT PRAESIDIA SIBI CIRCUMPONERENT CONTRA MALA QVAE HOMINI AB HOMINE IMMANENT.

werden,“ [1]) also der Staatsvertrag gibt dem Staate auch das Recht, zur allgemeinen Wohlfahrt die Polizeigewalt auszuüben. Salus publica suprema lex est.[2])

> Denn der „Staatszweck“ ist im Polizeistaat identisch mit dem Zwecke der Polizei; das ist es eben, was, vereint mit der weiten Ausdehnung jenes Zweckes, dem Polizeistaat seinen Charakter und Namen gegeben hat, daß die „Polizeigewalt auf Erreichung des Staatszwecks seinem ganzen Umfang nach gerichtet“ ist.[3])

Also zu allem, was die allgemeine Wohlfahrt erfordert, ist die Polizeigewalt im Polizeistaat befugt: „Polizei ist uns die Sorge des Staates für das Gemeinwohl mittels Ausübung seiner gebietenden und zwingenden Autorität.“ [4]) Aber auch nur zu dem, was jene erheischt, ist die Polizeigewalt berechtigt. Das bestimmt jenes Recht, das, ohne gesetzgeberisch festgelegt zu sein, doch Geltung beansprucht, weil es von der öffentlichen Meinung anerkannt ist, das aber doch oft nicht den genügenden Schutz gibt gegen Landesherrn, die sich um ein solches Recht nicht kümmern. „Preiswürdig sind deswegen solche Landesgrundgesetze, wo Herr und Land sich nach solchen Grundsätzen vereinigen, wie es z. E. im Anhaltischen Landtagsabschiede 1652 heißt“: Alle „unsere Ratschläge und Handlungen nach Erforderung unseres fürstlichen Amts auf das gesamte Wohlergehen zu richten“; oder im Mecklenburgischen Landesgrundvergleiche 1755: „Die Wohlfahrt und Zufriedenheit unserer Untertanen aller Stände zu befördern.“ [5]) Da aber in den meisten Ländern jenes Recht in ähnlicher Weise festgelegt ist: „Wenige Häuser werden sein, wo nicht dergleichen Stellen in Haus- oder Landes-

---

1) *v. Berg,* Handbuch, Th. 2. S. 5.

2) *Christ. v. Wolff:* Institutiones iuris naturae S. 599. — Vgl. auch *Pufendorff* a. a. O. Lib. II, cap. XI, II. (S. 541) Generalis lex Summorum Imperantium est haec: SALVS POPVLI SVPREMA LEX ESTO. — Auch *Wolff:* ius naturae, pars octava § 86: Salus publica in civitate suprema lex est.

3) *Lotz,* Über den Begriff der Polizei u. s. w. S. 28, vergl. auch S. 27.

4) So noch *Bluntschli* a. a. O. Bd. III. S. 66.

5) *J. St. Pütter,* Beiträge I., XIX. § 50.

gesetzen vorkommen sollten;"[2]) so ist die Rechtsbeständigkeit jenes Grundsatzes genugsam anerkannt, sodaß sich selbst diejenigen Landesherrn, für deren Polizeigewalt die Landesgesetze nicht ausdrücklich diese Grenze ziehen, seiner Verbindlichkeit nicht werden entziehen können.

§ 17.

B. Ausdehnung des Wohlfahrtszweckes.

I. Wenn wir nun wissen, daß der Wohlfahrtszweck der Polizeigewalt Grenzen setzt, so sind damit deren Grenzen noch nicht ganz fest bestimmt. Denn der Wohlfahrtszweck kann recht verschieden gefaßt werden, und in der Tat haben die einzelnen Schriftsteller von dem, was zur Wohlfahrt des Staats gehört, recht verschiedene Vorstellungen. Wir können dabei natürlich weder alle die verschiednen Definitionen, die die Theorie der Polizei und ihrem Zweck gab, noch auch nur einen beträchtlichen Teil davon berücksichtigen, denn ihre Zahl ist eine ebenso ungeheuere wie die der Schriftsteller, die über die Polizeiwissenschaft geschrieben haben.[1]) Nur einige der bedeutsamsten können für uns in Betracht kommen. Auch ist es schwer, aus den Abhandlungen jener Zeit rechtliche Normen zu gewinnen. Obgleich sie vorgeben, über Polizei**recht** zu schreiben, so enthalten ihre Schriften — daß Leute wie *Moser* und *Pütter* sehr viele klare rechtliche Gesichtspunkte geben, kann nicht bestritten werden — im Grunde genommen nur das, was wir ökonomische Politik nennen. Weil man aber bei Betrachtung des Polizeirechts meist nur ökonomisch-politische Erwägungen anstellte, so mußte diese Betrachtung entschieden von der damals herrschenden national-ökonomischen Theorie, dem Merkantilismus, beeinflußt werden. Auf diese Weise entstand eine eigentümliche Wechselwirkung zwischen Polizeirecht und ökonomischer Politik: die weiten Befugnisse, die das Polizeirecht der Polizei gab, waren die Voraussetzung einer konsequenten Durchführung des ökono-

2) ibid. § 52.

1) Eine große Anzahl von Definitionen ist aufgezählt und besprochen bei *v. Soden* a. a. O. S. 16.

misch-politischen Prinzips, des Merkantilismus; andererseits war der Merkantilismus die Voraussetzung für die weiten Befugnisse, die die Polizeirechtstheorie aus ökonomisch-politischen Gründen der Polizei gab. Diese Umstände, zusammen mit der Vorliebe jener Zeit für Humanismus und Moralphilosophie, verführte dazu, allzusehr das eigene Gutdünken walten zu lassen und der Polizei die Befugnis zu alledem zuzusprechen, was dem menschenfreundlichen Verfasser als im Interesse der Allgemeinheit erforderlich schien. So ist es denn nur natürlich, daß je nach der Anlage und Gemütsrichtung des betreffenden Rechtslehrers dieser sich bald mehr in moralischen Betrachtungen, bald mehr in wirtschaftlichen Berechnungen erging, meist aber jede rein rechtliche Untersuchung des Polizeiinstituts zu vermeiden wußte. Ja sogar religiöse Momente zog man in die rechtlichen Lehren mit hinein.[1]) So sagt selbst *Moser*[2]) die Polizeigewalt stehe dem Landesherrn „Krafft Göttlich- und natürlicher Rechte" zu, bestimmt die Pflichten der Landstände danach, daß sie ihre Handlungen vor Gott am Jüngsten Gericht zu verantworten haben und gibt einen besonderen Paragraphen[3]) über „der Landeshoheit Einschränkung, wie sie geschehe durch Göttliche etc. Rechte". Vielfach aber begnügte man sich damit, statt die Grenzen der landesherrlichen Polizeigewalt juristisch festzulegen, den Landesherrn daran zu erinnern, daß er dereinst vor Gott über ihren Gebrauch Rechenschaft ablegen müsse. Daß solch verworrene Ansichten nicht geeignet waren ein Recht zu begründen, dessen über alle Zweifel erhabene Normen anzuerkennen die Fürsten nicht umhin konnten, liegt auf der Hand; vielmehr mußte die Folge die sein, daß die Fürsten „sich zur Vernichtung jedes Rechts befugt" glaubten, „sobald sie nur die Möglichkeit besäßen, sich über ihre Schritte mit Gott abzufinden".[4])

---

1) *Dietrich Reinking* schrieb 1653 ein ausführliches Werk über „Biblische Policey, das ist Gewisse auß heiliger Göttlicher Schrifft zusammengebrachte, auff die drey Hauptgegenstände: als Christliche, Weltliche, Häusliche, gerichte Axiomata oder Schlußreden."

2) *J. J. Moser,* Schwäb. Nachr. 10 St. S. 934.

3) *J. J. Moser,* Von der Landeshoheit überhaupt. 14 cap. § 4. S. 275.

4) *Perthes* a. a. O. S. 237.

II. Wenn die Theorie jener Zeit die Polizeigewalt danach bestimmt, daß sie der allgemeinen Wohlfahrt dienen soll, so ist damit vielleicht noch kein Charakteristikum für den Polizeistaat gegeben. Dazu wird aber die Bestimmung der Polizeigewalt durch den Wohlfahrtszweck, wenn der Begrift der Wohlfahrt so modifiziert wird, wie es eben damals geschah. An Stelle der allgemeinen Wohlfahrt tritt Wohlfahrt der Allgemeinheit, an Stelle der salus publica salus populi; daraus wird Wohlfahrt der einzelnen Bestandteile der Allgemeinheit, der Untertanen, und das gibt dann, wenn man das ethische Moment gegen das ökonomische etwas mehr hervortreten läßt, die „zeitliche Glückseligkeit", die felicitas der Bürger.[1]) Daß die Polizeigewalt sich auf diese erstreckt und der Staat sich das Recht beilegt, für diese zu sorgen, das eben macht ihn zum Polizeistaat. Im Polizeistaat hat der Begriff vom „beschränkten Untertanenverstande" seinen Ursprung.[2]) Der Bürger kann garnicht ermessen, was ihm frommt, das muß die Staatspolizeigewalt für ihn tun: ce que le Tuteur est au Pupille, le Médecin au Malade, le Pilote au Vaisseau, le Magistrat l'est au citoyen.[3])

Nun dehnte man aber den Staatszweck noch weiter aus. Der Staat soll den Untertan glückselig machen. Zur Glückseligkeit gehört auch vollständige moralische Zufriedenheit, deshalb muß der Untertan auch das Bewußtsein haben, sittlich zu sein. Und daß er dies Bewußtsein haben könne, dazu muß ihm der Staat helfen, denn er ist ein „sittliches Wesen": er bedient sich

---

1) Vergleiche z. B. *J. J. Moser,* Von der Landeshoheit überhaupt, S. 2. Landeshoheit in Polizeisachen, S. 4. Schw. Nachr. S. 825; *Hohenthal* a. a. O. S. 14 bezeichnet den Zweck der Polizei dahin, ut felicitatem omnium et singulorum civium conservat; *Delamare* a. a. O. *Préface:* Son unique objet consiste à conduire l'homme à la plus parfaite félicité dont il puisse jouir en cette vie.

2) Tatsächlich ist er 1837 aus der Äußerung des preußischen Ministers von Rochow entstanden: „Dem Untertanen geziemt es nicht, an die Handlungen des Staatsoberhauptes den Maßstab seiner beschränkten Einsicht zu legen."

3) *Delamare* a. a. O. I. S. 238.

zu diesem schönen Zweck der Polizei, daher ist diese ein „wohltätiges Wesen".

> *Lotz,* der diese Ideen besonders kultiviert hat, gibt hier den sehr notwendigen avis au lecteur[1]): „Nicht nur um deswillen tritt der Mensch in den bürgerlichen Verein, um die Möglichkeit der Erhaltung seines Rechtsgebietes zu begründen, sondern auch um sich die Ausübung seines Rechts auf Vervollkommnung zu sichern."

Solche moralisierende Phrasen, wie sie sich ähnlich bei vielen Schriftstellern finden,[2]) sind charakteristisch für das Ende des 18. Jahrhunderts, jenes Zeitalter, das sich selbst das der Aufklärung nannte, dessen Eigenart jedoch weniger in seinem klaren Denken, als in seinem sittlichen Wollen lag. Jene Lehren bilden allerdings den Höhepunkt der Idee vom Polizeistaat, und führten durch ihre Absurdität zur Reaktion, zum Ende des Polizeistaats. Sie gehören also in das letzte Stadium desselben; in seinen früheren Stadien betonte man zwar nicht so sehr seine Befugnisse, für den sittlichen Zustand der Untertanen zu sorgen,[3]) aber seine Befugnisse, in deren Rechtssphäre einzugreifen, gingen immerhin schon recht weit. Während, wie wir sahen, ursprünglich nur einzelne Gegenstände unter den Begriff der Polizei fielen, dehnte sich dieser immer mehr aus und wurde schließlich ein ganz allgemeiner, die ganze innere Verwaltung umfassender, von dem nur einige bestimmte Gegenstände ausgenommen wurden.[4])

1) *Lotz,* a. a. O. S. 95.

2) Vergl. z. B. *Roßhirt* a. a. O. S. 88. Definition der Polizei: „Jene Staatsgewalt im Innern, welche nach geschehener Begründung allgemeiner Sicherheit bei später Rücksicht auf die Erhaltung derselben als der Staatsgrundlage, die Erreichung des höchsten Staatszwecks, nämlich Vervollkommnung der Menschheit als Totalität an sich und in ihren Umgebungen beabsichtigt."

Vergl. auch: Über das Prinzip, die Gränzen und den Umfang der Polizei, Ein Versuch. Leipzig 1808. S. 3: Die Staatsverbindung muß „ihre Verfassung, Gesetze, Einrichtungen und Anstalten so abmessen und modifizieren, daß es dem einzelnen Mensch leichter wird, zu einem höheren Grad sittlicher Vollkommenheit und Glückseligkeit hinaufzusteigen."

3) Daß man trotzdem diese Befugnisse schon von Anfang an der Polizeigewalt zuerkannt hatte, geht schon aus den R. P. O. hervor.

4) Solche Theorien sind besprochen bei *Roßhirt* a. a. O. S. 39. Noch

III. Bei alledem müssen wir immer zweierlei im Auge behalten: 1. Die Theorien, die für uns in diesem Gebiet alleinige Quellen des geltenden Rechts sein mußten, sind so außerordentlich variierend, — keine einzige stimmt mit einer anderen der vielen hundert überein, — daß es fast unmöglich ist, daraus das Recht zu bestimmen, was in Wahrheit galt. 2) Von dem Recht, das wir so nur unbestimmt finden können, wissen wir nie genau, inwieweit auch die Praxis es anerkannte, inwieweit die Herrscher sich ihm unterwarfen. Wenn wir diese beiden Dinge bedenken, so müssen wir gestehen, daß allerdings die rechtlichen Grenzen der Polizeigewalt, wenngleich ihr Hauptgrundsatz Wohlfahrtszweck, feststeht, außerordentlich unbestimmt sind. Selbst wenn ein Fürst die redliche Absicht gehabt hätte, bei Ausübung der Polizeigewalt sich an die Grenzen zu binden, die die Rechtsschriftsteller angaben, welche von den unendlich vielen sollte er wählen? War seine Rücksicht auf das Recht keine ehrliche, so wählte er die weitesten, und es war wohl nicht schwer, bei manchen Autoren, die sich nach Art der Zeit durch eine unterwürfige Widmung ein klingendes Anerkenntnis erwarben, recht weite Grenzen zu finden, sagt doch selbst ein angesehener Rechtslehrer wie *D. G. Struben*[1]) einmal: „Die Landeshoheit bestehet darin, daß sie nach dem Wohlgefallen des Regenten jedesmal geschiehet."

IV. Zu diesen Gründen, die bereits hinreichend geeignet waren, die Grenzen der Staatspolizeigewalt möglichst weit hinauszuschieben, wo nicht gar ganz verschwinden zu lassen, kommt noch ein dritter und Hauptgrund: Die starke Entwickelung des Staatsgedankens und des Souveränitätsgedankens, die erst jene Periode gezeitigt und die in den Territorien Deutschlands mit der neu entstandenen „Landeshoheit" einen außerordentlich günstigen Boden gefunden hatten.

„Der einige Gedanke," sagt *Karl Friedrich v. Moser*,[2]) „daß die Könige und Fürsten je länger je mehr glauben: daß die Men-

im 19. Jahrhundert wurde aber diese Auffassung vertreten, z. B. von Zachariae, 40. Bücher vom Staat. 4. Bd. S. 289.

1) *D. G. Struben*, Nebenstunden 1765, Th. IV. XXII. § 21 S. 53.

2) Über Regenten usw. S. 254.

schen um ihretwillen, und sie nicht um der Menschen willen auf der Welt seyen, ist eine unversiegende Quelle von Not und Elend auf dem Erdboden." Nun wissen wir allerdings, daß durchaus nicht alle Landesherren von dieser selbstischen Auffassung durchdrungen waren, es vielmehr auch genug edle Fürsten gab, die sich wie Anti-Machiavell für den premier serviteur de l'état hielten. Bei jenen selbstlosen Monarchen aber war dafür der Staatsgedanke, der im 18. Jahrhundert das öffentliche Leben ebenso beherrscht, wie im 19. Jahrhundert der Nationalitätsgedanke, ein so ausgedehnter, daß mit einiger Modifizierung jener Satz *Mosers* sich wohl wird aufrecht erhalten lassen. Denn jene Fürsten, die zwar erkannten, daß nicht ihre Person allein alle Rechte habe, nahmen dies von dem Staat an, und ich weiß nicht, ob Friedrich Wilhelm I. sich immer bewußt blieb, daß der Staat um der Menschen willen da sei. „Der König wollte das Recht," da er nun aber nie daran zweifelte, daß er, der den Staat repräsentierte, zu allem berechtigt und befähigt sei, was sein redlicher Wille für das Wohl des Staates erforderlich glaubte, so war wohl jener Irrtum manchmal „eine Quelle von Not und Elend" seiner Untertanen. Ihnen half die recht illusorische Überordnung der Reichsgewalt über die des Königs von Preußen nicht, und ein auf ihre Beschwerde ergehendes Urteil der Reichsgerichte, das seiner Polizeigewalt die Grenzen wies, würde wohl wenig Eindruck auf ihn gemacht haben. Überhaupt ist Friedrich Wilhelm I. die typische Verkörperung der Idee vom Polizeistaat; eben jene Idee war es, die seine Regierung, die „vom einfachsten und wahrsten Bewußtsein seiner Verantwortlichkeit gegen Gott" geleitet wurde, stellenweise zu einer Geißel des Landes — und des Hofes, man denke an den unglücklichen Kronprinzen — machte, zur Herrschaft leidenschaftlicher Willkür und rücksichtslosester Rechtsunterdrückung.[1])

1) Schon *J. J. Moser* (Landeshoheit überhaupt S. 252) sagt tadelnd: „Im jetzigen Jahrhundert setzte König Friedrich Wilhelm in Preußen, der im Jahr 1713 zur Regierung kame, alles in Staats-, Cameral-, militär- und andere Sachen, auch in seinen teutschen Staaten, auf einen meist willkürlichen und allein von seiner Einsicht und Gutbefinden abhangenden Fuß."

Nicht nur praktisch war aber Friedrich Wilhelm I. einer der energischsten Vertreter der Idee des Polizeistaats, sondern er sorgte auch für deren theoretische Ausbildung: De neceſſitate ſtudii politici primus inter principes perſuaſus fuit FRIDERICVS GVILLELMVS, Rex Boruſſorum, qui primus ſingularem huius et cameralis ſcientiae constituit professionem in academiis halensi et viadrina.[1]) Daß diese 1727 gegründete Professur sich erlauben durfte, in ihrer Lehre der königlichen Polizeigewalt zu enge Grenzen zu setzen, braucht man nicht zu befürchten, wenn man sich erinnert, wie der König an eine Kriegs- und Domänenkammer schreibt: „wir geben ja den Kammern nicht um deswegen Besoldung, daß sie vor die Landstände sprechen,“ usw. und auf eine Anfrage *J. J. Mosers* antwortet: „Daß Ihr Euch nicht unterfangen sollt in Schriften das Recht des N. N. zu verteidigen.“[2])

Wenn aber auch die mächtigeren deutschen Fürsten, wie Friedrich Wilhelm I., in dieser Weise ihre zur Landeshoheit gehörigen Rechte, besonders die Polizeigewalt tatsächlich ausdehnen konnten, so begründeten sie doch damit kein neues Recht, zum mindesten nicht ein allgemeines. Der Standpunkt des bestehenden Rechts wird von ehrlichen Schriftstellern auch immer wieder betont: „Wir leben in einer Zeit, klagt *J. J. Moser*,[3]) da viele große Herrn viles hoch- und übertreiben, so geht es auch hin und her mit der Landeshoheit,“ „aus der Landeshoheit will eine despotische Macht gemacht werden.“ Diesem Bestreben der Landesherrn setzte sich auch das Reich mit aller Energie, deren es noch fähig war, entgegen. Deshalb verbanden sich wohl kleinere Fürsten, die allein nicht imstande waren, den vom Reich anerkannten Rechtsgrundsätzen zu trotzen, zu diesem Zweck „so schlossen noch An. 1671 Chur-Cölln, Chur-Bayern, Chur-Brandenburg, Pfalz, Neuburg und Mecklenburg-Schwerin einen Traktat miteinander.“[4]) Zwar

1) *v. Hohenthal* a. a. O. S. 13e.
2) *Perthes* a. a. O. S. 187.
3) *J. J. Moser,* V. d. Landeshoheit überhaupt. S. 250.
4) *J. J. Moser,* Landeshoheit in Militärsachen, S. 23—24.

hatte diese Vereinigung keine lange Dauer, und wir haben bereits gesehen, daß ein halbes Jahrhundert später sich Mecklenburg-Schwerin der Rechtsautorität beugen mußte. Aber mochte sich auch das ersterbende Reich noch einmal wie in diesem Falle zu energischer Wahrung des Rechts der Untertanen aufraffen, den Zug der Zeit konnte es nicht hemmen. Dieser ging nach Ausdehnung der landesherrlichen Macht, das ist „nun beynahe der allgemeine Plan aller grossen teutschen Höfe"; „ja, die Souveränitäts-Begierde bemeistert sich auch immer mehr mancher Chur- und Fürstlicher Höfe." Das ist es, was die Entwicklung bestimmt: neben dem Staatsgedanken wird auch der Souveränitätsgedanke immer mehr ausgebildet. Beide wirken zusammen, obwohl sie zunächst garnichts mit einander zu tun haben.

„Souveränität ist ihrem geschichtlichen Ursprung nach eine politische Vorstellung, die sich später zu einer juristischen verdichtet hat." Ursprünglich ein negativer Begriff: Unabhängigkeit von allem, was sich selbständig über und in dem Staate ihm entgegenstellen kann, in Deutschland insbesondere Unabhängigkeit der Landesherrn von Kaiser und Landständen. Später wird zwar teilweise der Person des Fürsten größeres Gewicht in jenem Begriff beigelegt, trotzdem aber wird im allgemeinen „Staatsgewalt mit Souveränität identifiziert,"[1]) wie denn auch das, was im J. P. O. mit summitas imperii bezeichnet wurde, im Entwurf souveränité genannt worden war. Die beiden Begriffe, die also parallel neben einander hergingen, mußten auch in demselben Sinne wirken: zur Ausdehnung der Staatsgewalt, der Landeshoheit, die in der absoluten Monarchie die Staatsgewalt repräsentiert, der Polizeigewalt, die ein Teil der Landeshoheit ist.

§ 8.

C. Der Wohlfahrtszweck bestimmt trotz aller Ausdehnung immer noch die Grenzen der Polizeigewalt.

Es ist klar, daß es unter solchen Umständen sehr von dem Charakter des einzelnen Fürsten — aber auch seiner Untertanen

---

1) *Jellineck,* Allg. Staatslehre 1900, S. 394—445.

— abhing, wie weit die Grenzen der landesherrlichen Gewalt hinausgeschoben wurden, und daß diese in den einzelnen Ländern sich ganz verschieden gestalten mußten. So sagt eine dem Reichsgutachten vom 17. August 1770 beigefügte Schrift, daß es unmöglich ist, „dem eigentlichen Umfang der Landeshoheit gewisse und allgemeine Gränzen zu setzen". Trotzdem aber kann es selbst zur Zeit der weitesten Ausdehnung des Souveränitätsgedankens nirgends als geltendes Recht betrachtet werden, daß der Landesherr zu allem berechtigt war, was er wollte. Vielmehr ist es in Deutschland immer Recht geblieben, daß die Polizeigewalt den Fürsten nur zur allgemeinen Wohlfahrt berechtigte, und selbst die gewissenlosesten Fürsten werden im allgemeinen diesen Rechtssatz insofern anerkannt haben, als sie bei der Anwendung ihrer Gewalt wenigstens die Staatswohlfahrt zum Vorwand nahmen. Nun kann man aber unendlich viel unter den Begriff der Wohlfahrt bringen und wir haben gesehen, in wie seltsamer Weise man ihn in der Tat ausdehnte; der Fürst brauchte also nur den Begriff der Wohlfahrt recht weit zu fassen, um seine Befugnisse möglichst zu vergrößern. Deshalb heißt es in einer herzoglich Württembergischen Resolution vom 3. Januar 1763: „Wie nun Salus publica in jeden besonderen Zeitpunkt nach des fummi Jmperantis Bestimmung, Zil- und Maßsezung abgemessen werden muß, denen nachher alle andere Gesetze, Verträge und Anordnungen billig zu weichen haben" etc. So weit gehende Principia absoluta entsprachen aber doch nicht dem Recht, deshalb legte die Landschaft Beschwerde ein „und die darauf erfolgte Reichshofrätliche Erkenntnisse stimmten, wie leicht zu erachten ist, mit jenen Grundsätzen gar nicht überein." [1]) Also eine ganz willkürliche Auslegung des Wohlfahrtsbegriffes durfte sich der Landesherr doch nicht erlauben, aber das hatte er auch garnicht nötig. Wenn ihm bloß nicht nachgewiesen werden konnte, daß er den Wohlfahrtszweck nur als Vorwand benutzte und übermäßig ausdehnte, so konnte er seine Polizeigewalt immer noch recht ausgiebig handhaben; denn da er befugt ist, für das

1) *J. J. Moser,* Von der Landeshoheit überhaupt.

Staatswohl zu sorgen, so „stehen ihm auch die Mittel zu, die zu diesem Zweck erforderlich sind,“ [1]) welche Maßregeln er zur Erreichung des Wohlfahrtszweckes für erforderlich halten will, liegt in seiner Hand, nec ulli hominum rationem reddere tenetur, cur sic imperet ac non aliter,[2]) da, wie wir sahen, den Reichsgerichten die Befugnis, über die Erforderlichkeit einer Polizeimaßregel zu entscheiden, nicht zuzusprechen ist.

§ 19.

D. Die niedere Polizei.

In der niederen Polizei, die man damals allgemein von der höheren unterschied, hatten die Polizeibehörden dieselbe Machtbefugnis, wie der Landesherr in jener: la puissance des Magistrats est une émanation de la puissance absolue du Prince.[3]) Wenn man auch nicht annehmen kann, daß in den deutschen Territorien die Beleidigung eines landesherrlichen Polizeibeamten wie eine Beleidigung des Landesherrn selbst[4]) geahndet wurde und daß, wer sich überhaupt nur mit Kritik gegen die Obrigkeit wendet, behandelt wird, wie einer qui s'attaque à Dieu même qui les a établis & dont ils exercent la Puissance,[5]) so ist es doch nicht ganz ausgeschlossen, daß römisch gebildete Juristen eine der letzteren ähnliche Beurteilung der Beamtenkritik aus einer Bestimmung des Cod. de Crim. sacril. der Kaiser Gratian, Valentinian und Theodosian[6]) für begründet hielten. Auf jeden Fall ging auch die von der höheren Polizeigewalt abgeleitete niedere Polizeigewalt nach

---

1) Geschichte der Landeshoheitsstreitigkeiten und -Grundsätze 1795. S. 79.

2) *Chr. v. Wolff,* Jus naturae, pars octava. § 46.

3) *Delamare* a. a. O. Bd. I. S. 238.

4) *Delamare* a. a. O. Bd. I. S. 239: Les magistrats sont toujours sacréz et inviolables; & c'est une des espèces de crime de Lèze- Majesté que de leur faire injure ou violence, quand même ils ne seraient pas actuellement dans l'exercice de leur charge.

5) *Delamare* a. a. O. S. 239.

6) Sacrilegii instar est dubitare an is dignus sit, quem elegerit Imperator, vergl. *F. C. von Moser,* Über Regenten, Regierung usw. S. 65. — Darüber, daß man in Polizeisachen — und um eine solche handelt es sich ja hier im damaligen Sinne — römische Gesetze nicht für unanwendbar hielt, vergl. *v. Berg,* Handbuch Bd. I. S. 33.

den Regeln des gemeinen deutschen Staatsrechts, nach dem sie in ihrem Kreise auch zu allem befugt waren, was sie zur Wohlfahrt des Landes für erforderlich hielten, so weit, daß, wo nicht das Territorialstaatsrecht noch besondere Grenzen setzte, das Recht der Bürger oft ganz von ihrem guten Willen abhing. *Delamare*[1]) verlangt daher mit Recht: Le Magistrat doit être autant audessus du peuple par ses bonnes moeurs qui'l y est élevé par sa dignité; daß das aber in Wirklichkeit nicht immer ganz so war, darauf läßt das „alte Sprüchlichen" schließen, welches sagt: Politicus (damals jede Art von Regierungsbeamten) debet esse sine pudore, sine uxore et sine religione. Welch ein Glück für ein Land, wenn dann wenigstens das Landesverwaltungsrecht für eine möglichst gerechte Handhabung der niederen Polizei sorgte, wie dies in Preußen geschah durch die Instruktion für die Policeyausreutter,[2]) die diesen die Berichterstattung zur Pflicht macht, dadurch die Aufsicht erleichtert und andererseits gegen Mißbrauch der niederen Polizeigewalt sofortige Kassierung „ohne Prozeß deshalb anzustellen" und „nach Befinden" Leibesstrafe androht.

§ 20.

E. Die Untertanen.

Wie die starke Entwicklung des Staats- und des Souveränitätsgedankens auf der einen Seite zur Ausdehnung der landesherrlichen Macht führte, mußte auf der andern Seite eine Ausdehnung der bürgerlichen Pflichten ihre Folge sein. Ursprünglich war die Macht des Landesherrn „ein Aggregat sehr vieler zu sehr verschiedener Zeit und auf sehr verschiedenen Wegen erworbener einzelner Rechte auf Leistungen einzelner Landsassen. Nur soweit er Vertrag oder Herkommen nachweisen konnte, war der Landesherr berechtigt".[3]) Später, indem immer mehr Rechte hinzukamen, entwickelte sich aus der Summe der einzelnen Rechte ein Gesamt-

1) *Delamare* a. a. O. Bd. I. S. 239.

2) „Königl. Preuß. Jnstruction wornach sich die Policey-Ausreutter in der Neumark, Sternberg und incorporirten Kreysen allergehorsamst zu achten haben. De Dabe Berlin, den 30sten Sept. 1733. (In *J. J. Moser's* Schw. Nachr. 10 T.)

3) *Perthes*, a. a. O. S. 66.

recht, die Landeshoheit. Nunmehr ist es umgekehrt wie früher: Der Fürst ist prinzipiell aus der Landeshoheit zu allem berechtigt (was die allgemeine Wohlfahrt fördert), und die Untertanen müssen, wenn sie ihre Rechte gegenüber seiner Polizeigewalt geltend machen wollen, einen besonderen Rechtsgrund nachweisen, der seiner Polizeigewalt Schranken setzt. Wenn trotzdem die Schriftsteller oft eine Aufzählung der Pflichten der Untertanen geben, so geschieht das nicht, um erschöpfend alle die Punkte darzulegen, wo das Recht und Interesse des Einzelnen dem Staatsinteresse weichen muß, sondern nur um den Staatsgedanken — oder manchmal die Loyalität des Autors — noch einmal zu unterstreichen. Wenn man liest, wie da unter den Pflichten der Bürger genannt werden: Beitrag zur Wohlfahrt des Staates, Anwendung aller Leibes- und Gemütskräfte dazu, Beitrag zu dem Aufwande des Staats, gute Haushaltung, Erwerbung eines Vermögens, vernünftiger Gebrauch dieses Vermögens u. dergl.,[1]) wenn man erfährt, daß z. B. „der würdevolle Herr Vizepräsident von Sonnenfels" es für nötig hielt, ein besonderes Buch zu schreiben „über die Sorgfalt, die Privatkräfte gegen die Kraft des Staates in einem untergeordneten Verhältnis zu erhalten," [2]) wird man über das Gesagte nicht im Zweifel sein können. Pflicht der Bürger war vielmehr eine ganz allgemeine Unterwürfigkeit unter die Polizeigewalt. Nur ganz besondere Rechtsgründe (nämlich Überschreiten der beschriebenen Grenzen der Polizeigewalt) konnten sie berechtigen, gegen diese landesherrliche Polizeigewalt den Schutz der Reichsgerichte in Anspruch zu nehmen.

Dabei ist allerdings richtig, daß der Schutz der Reichsgerichte besonders für die Untertanen der größeren Territorialherrn oft ein recht illusorischer war. Und zwar war er dies aus zwei bereits erwähnten Gründen: teils wegen der geringen Macht des Reichs, teils, weil die Untertanen meist erst in der Verzweiflung über lange

1) Lehrbegriff sämtlicher ökonomischer und Kameralwissenschaften. Mannheim 1778. 4. Bd. 1. Hauptt. Kap. 1.

2) „Über öffentliche Sicherheit oder von der Sorgfalt" usw. Ein Nachlaß von Professor *von Sonnenfels,* Wien 1817.

fortgesetzte Übergriffe sich an die Reichgerichte wandten, ein possessorium nicht mehr geltend machen, hingegen sehr oft ein vom Landesherrn behauptetes Gewohnheitsrecht nicht abstreiten konnten.

§ 21.
IV. Einfluß des Naturrechts auf den Umfang der Polizeigewalt.

Wenn man nun auf der einen Seite diese, den Individualrechten so ungünstigen Zustände, auf der andern Seite aber die Lehren des gerade in jener Zeit in höchster Blüte stehenden Naturrechtssystems sieht, das die unveräußerlichen Menschenrechte in den Vordergrund stellt, und dem Staat Rechte nur daraus gibt, daß die Einzelindividuen sie ihm durch Vertrag bestellt haben, dann kann man die Frage nicht zurückdrängen: wie reimt sich das zusammen? In der Tat stehen alle Grundideen des Naturrechts im direkten Gegensatz zur Idee des absolutistischen Polizeistaats. Denn was könnte sich wohl mehr widersprechen als der naturrechtliche Satz: Die Staatsgewalt und ihr Repräsentant sind gegenüber dem Individuum nur aus einem Vertrage mit diesem berechtigt und jener andere, der sich aus der Vereinigung des Staatsgedankens und des Souveränitätsgedankens gebildet hat: der Landesherr hat seine Macht von Gottesgnaden zu freier Verfügung erhalten, die Untertanen hingegen sind geboren als seine Diener: La puissance souveraine est un éclat de la toute-puissance de Dieu![1]) Aber das Naturrecht, wie es in Deutschland ausgebildet wurde — anders in England und Frankreich —[2]) wußte die Folgerungen aus seinen Grundideen so seltsam zu ziehen, daß das ganze System schließlich mit dem in Wirklichkeit herrschenden übereinstimmte. Die naturrechtliche Wissenschaft stand eben wie jede andere damals ganz im Banne (und daher auch im Dienste) des

1) *Delamare*, a. a. O. Bd. I. S. 164.

2) Näheres über die zwei ganz verschiedenen Richtungen innerhalb des Naturrechts findet sich in dem interessanten Aufsatz von *F. H. Funk* in den Jahrbüchern für die ges. Staatswissenschaft, 19. Bd.: „Der Begriff der Polizei im vorigen Jahrhundert.“ S. 522 ff.

eudämonistischen Staates. Sie deduziert folgendermaßen: Zu den Rechten, die die Menschen aus dem ius naturale haben, gehört in erster Linie auch das auf zeitliche Glückseligkeit und moralische Vervollkommnung, ohne die jene nicht möglich ist. Diesem Rechte des Menschen entspricht auf der andern Seite eine Verpflichtung des Mitmenschen, ihm zur Verwirklichung seines Anspruchs zu helfen. Um sich aber diesen Anspruch gegen die Mitmenschen, der auf Mitwirkung zur Erreichung des Endzwecks des Menschen, der zeitlichen Glückseligkeit, geht, zu sichern, haben sich die Menschen zu einem „gemeinen Wesen" (res publica) verbunden. Dies hat daher das Recht, den Anspruch jedes Menschen auf Beförderung seiner Glückseligkeit gegen seine Mitmenschen geltend zu machen. Aus der Allgemeinheit und daher Gegenseitigkeit des Anspruchs der Menschen auf Glückseligkeit ergibt sich aber, daß er sich nie wird ganz erfüllen können, da er mit dem der Mitmenschen oft wird in Kollision geraten. Deshalb muß im Zusammenleben der Menschen der Einzelne seinen Anspruch etwas herabsetzen: er kann nur verlangen, so glückselig zu sein, wie es möglich ist, ohne daß seine Mitmenschen unglücklich sind;[1]) wenn alle Menschen diesen Grad von Glückseligkeit erlangt haben, so stimmt ihre Glückseligkeit mit dem „gemeinen Besten" zusammen. Und der „ungehinderte Fortgang in Beförderung des gemeinen Besten, das sie durch gemeinsame Kräfte erhalten können, ist das Wohl der Gesellschaft",[2]) salus rei publicae. So hat man aus dem Endzweck des Menschen (Glückseligkeit) und seinem unveräußerlichen Rechte auf Erreichung desselben einerseits und dem Staatsvertrag andererseits Recht und Pflicht des gemeinen Wesens, des

1) Man möchte hier in Anlehnung an die Unterscheidung zwischen liberté civile und liberté naturelle bei Rousseau (le contrat social L. I. p. 209) von bürgerlicher Glückseligkeit sprechen im Gegensatz von der natürlichen, die ohne Rücksicht auf die Gesellschaft besteht.

2) *Christ. v. Wolff,* Vernünftige Gedanken von dem gesellschaftlichen Leben. S. 2, 3, 162. Was übrigens diesen Übergang anbelangt, vom Prinzip der Glückseligkeit des Einzelnen zu dem der allgemeinen Wohlfahrt, den ich hier zu konstruieren gesucht habe, so fehlt derselbe in den reinen Naturrechtslehren sowohl als in den auf naturrechtlichem Boden stehenden Polizeilehren meist ganz, oder ist wenigstens durchaus unklar und sprunghaft.

Staats, abgeleitet, für die allgemeine Wohlfahrt zu sorgen. Er ist berechtigt zu allem, wodurch die allgemeine Wohlfahrt, also die (bürgerliche) Glückseligkeit der Menschen gefördert wird, die Menschen zu zwingen. Sie selbst haben die Verfügung darüber ganz hingegeben. So konstruiert das Naturrecht den in Wirklichkeit herrschenden patriarchalisch absolutistischen Staat „eine väterliche Regierung, imperium paternale, wo also die Untertanen als unmündige Kinder, die nicht unterscheiden können, was ihnen wahrhaft gut oder schädlich ist, sich bloß passiv zu verhalten genötigt sind, um, wie sie glücklich sein sollen, bloß von dem Urteile des Staatsoberhauptes, und daß dieser es auch wolle, bloß von seiner Gütigkeit zu erwarten.“ [1]) Haben doch z. B. die französischen Philosophen der Aufklärung, *Montesquieu* [2]) voran, den Jesuitenstaat in Paraguay nicht genug preisen können, und finden wir doch die Herrschaft einer weisen Priesterkaste, die das Volk zu seinem wahren Besten betrügt, die es stets beobachtet und immer erzieht, in den Romanen, Opern und Singspielen jener Zeit bis auf Mozarts Zauberflöte hundertmal entworfen.

Wie das Naturrecht dazu beigetragen hat, den Polizeistaat wissenschaftlich zu stützen, so hat es aber umgekehrt auch zuerst wieder ein Rechtsbewußtsein begründet, dem allmählich der Polizeistaat erliegen mußte. Die Grundideen des Naturrechts stimmen nun einmal garnicht mit dem Polizeistaat zusammen: unveräußerliche Menschenrechte und absolute Staatsgewalt sind Begriffe, die einander schlechterdings ausschließen. Deshalb stellt auch schon *Christ. v. Wolff* eine „Warnung für Mißbrauch“ der salus publica als suprema lex auf [3]) und gibt sogar dem Untertan ein Widerstandsrecht gegen den seine Befugnisse überschreitenden Staat. [4])

1) *J. Kant,* Über den Gemeinspruch. S. 199.

2) *Montesquieu,* Esprit des Loix livre IV, chap. VI, S. 48, verteidigt den Jesuitenstaat gegen Angriffe seines Prinzips, die also doch nicht gefehlt zu haben scheinen, mit dem Argument: il sera toujours beau de gouverner des hommes en les rendant plus heureux.

3) *Christ. v. Wolff,* „Vernünftige Gedanken über das gesellschaftliche Leben.“ S. 8.

4) *Chr. v. Wolff,* Jus naturae, pars octava, § 1047, § 1044, § 1046, Vergl. oben § 15 (S. 42 ff.).

Obwohl er aber die Gefährlichkeit jenes Leitsatzes erkennt, zweifelt er deshalb noch nicht an seiner Richtigkeit. Diese wurde erst angegriffen von einer anderen abstrakteren Richtung des Naturrechts, die für Deutschland durch *Immanuel Kant* begründet wurde. Er betont wieder in erster Reihe die Rechte des Menschen und will jene Zwecke der Vervollkommnung und den primären der Glückseligkeit aus dem Staatsrechte entfernt wissen, da er erkannt hat, „was das Prinzip der Glückseligkeit, welche eigentlich gar keines Prinzips fähig ist, auch im Staatsrecht für böses anrichtet.“ [1]) Denn eben dies Prinzip ist es, das der Obrigkeit jene patriarchalischen Befugnisse gibt, die den eudämonistischen Polizeistaat kennzeichnen. Dieser aber „ist der größte denkbare Despotismus.“ [2]) Das Prinzip der Glückseligkeit, der Eudämonismus also, muß fallen. Was aber setzt Kant an seine Stelle? Das Recht! Dieses Prinzip ist ein grundverschiedenes von dem bisher geltenden, denn das Recht „hat gar nichts mit dem Zwecke, den alle Menschen natürlicherweise haben (der Absicht auf Glückseligkeit) und der Vorschrift der Mittel dazu zu gelangen zu tun.“ Das ist ungeheuer wichtig; damit werden zum ersten Mal die ethisch-moralischen und politisch-ökonomischen Momente aus der rechtlichen Betrachtung ausgeschieden. Zwar läßt *Kant* formell den grundlegenden naturrechtlichen Satz: Salus publica suprema lex „in seinem unverminderten Wert und Ansehen; aber das öffentliche Heil, welches zuerst in Betrachtung zu ziehen steht, ist gerade diejenige Verfassung, die jedem seine Freiheit durch Gesetze sichert, wobei es ihm unbenommen bleibt, seine Glückseligkeit auf jedem Wege, welcher ihm der beste dünkt, zu suchen, wenn er damit nur nicht jener allgemeinen gesetzmäßigen Freiheit, mithin dem Rechte anderer Mituntertanen, Abbruch tut.“ [3]) An anderer Stelle sagt er, unter Salus publica sei zu verstehen „die größte Übereinstimmung der Verfassung mit den Rechtsprinzipien.“ [4]) [5])

1) *Kant,* Über den Gemeinspruch. S. 2/3.

2) ibidem.

3) *Kant,* Ges. Werke. Bd. 7, S. 209.

4) *Kant,* Ges. Werke. Bd. 5, S. 51.

5) An der Entwicklung dieser Grundsätze, die ja durchaus aus den Grund-

Kap. 4. Ende des Polizeistaats.

§ 22.

I. Die Theorie verläßt die Idee des Polizeistaats.

Zum ersten Male in Deutschland[1]) hat der Königsberger Philosoph Grundsätze aufgestellt, die mit denen des eudämonistischen Polizeistaats nicht übereinstimmen. Aber bald darauf werden diese Lehren schon als Rechtssätze verkündet von einem der bedeutensten Polizeischriftsteller. Zwar hatten schon *Pütter* und Andere betont, daß es Grenzen der landesherrlichen Gewalt im Allgemeinen und der Polizeigewalt im besonderen gebe, aber die Grenzen, die sie ihr zogen, waren doch bei weitem nicht so genau und so eng und vor allem so juristisch, wie die, die nun durch *von Berg* unter Kants Einfluß der Polizeigewalt gezogen werden. Er ist es vor allem, der zum ersten Male den Standpunkt der Nützlichkeit von dem des Rechts trennt: „Die Polizeigewalt gibt zu einer gedoppelten, gleich wichtigen Untersuchung Anlaß; die eine ist politisch, die andere rechtlich.“[2]) Er betont zum ersten Male das Bestehen eines wirklichen Polizeirechts, das er sehr richtig bezeichnet als den „Inbegriff sowohl der die Polizeigewalt selbst betreffenden, als auch der durch sie bestimmten Rechte und Verbindlichkeiten“.[3]) Er gibt deshalb auch zum ersten

---

ideen des Naturrechts entstanden sind, zeigt sich so recht dessen jetzt meist unterschätzte Bedeutung. Denn diese Grundsätze beherrschen nun die ganze weitere Rechtsentwickelung und es trifft gerade für dieses Spezialgebiet in besonderem Maße zu, was *Enneccerus* (a. a. O. S. 51) ganz allgemein sagt: „Für die Fortbildung des Rechts sind die naturrechtlichen Lehren von gewaltigster Bedeutung gewesen.“

1) In Frankreich z. B. hat ganz dieselben Ansichten ausgesprochen *J. J. Rousseau.* Du Contract Social, C. III. p. 267: Qu' est-le donc que le gouvernement? Un corps intermédiaire établi entre les sujets et le souverain pour leur mutuelle correspondance chargé de l'exécution des loix du maintien de la liberté, tant civil que politique. — Discours sur l'économie p. 413: La première règle de l'économie publique est que l'administration soit conforme aux loix.

2) *v. Berg,* Handbuch, Bd. I. S. 16.

3) ibidem S. 124.

Male der Polizei eine engere Definition; sie ist nach ihm die „Sorgfalt der höchsten Gewalt, gemeinschädliche Übel im Innern des Staates zu verhüten und abzuwenden".[1]) Nunmehr werden die Schriftsteller immer zahlreicher, die die Polizeigewalt unter die Herrschaft eines sie genau begrenzenden Rechts stellen. Damit wird jedoch kein neues Recht verkündet. Zwar war tatsächlich, wie oben geschildert, der Stand des Individuums gegenüber der Polizeigewalt ein denkbar ungünstiger und letztere tatsächlich meist ganz unbeschränkt. Doch haben diese Tatsachen den rechtlichen Zustand, der eine Gebundenheit der Polizeigewalt an gewisse allgemeine Grundsätze war, nicht geändert. Und wenn man nun jetzt die Beschränkung der Polizeigewalt wieder stärker betont und gleichzeitig jene Grundsätze juristischer faßte, so bildet das keine prinzipielle Änderung in dem Rechtszustand: es werden keine absolut neuen Grundsätze aufgestellt, sondern nur bestehende (zuweilen allerdings ganz latent bestehende) wieder genauer formuliert und schärfer zugespitzt. Das Recht, das die Grenzen der landesherrlichen Polizeigewalt bestimmt, ist, wie mehrmals erwähnt, kein geschriebenes, sondern ein nur auf der Rechtsüberzeugung der Allgemeinheit beruhendes. In dieser hat es sich erhalten, trotz der Durchführung des Staats- und Souveränitatsgedankens. Der einseitig entwickelte Staat des 18. Jahrhunderts „war mit Gewalt in den Kreis der Privatrechte eingebrochen ohne dem Volke das Bewußtsein von deren Unantastbarkeit entreißen zu können". So kommt es denn, daß, als im sogenannten Zeitalter der Aufklärung, zu derselben Zeit, da unter moralisierenden Phrasen als Staatszweck die Vervollkommnung der Menschen bezeichnet und dadurch der staatlichen Gewalt ein unendlich freier Spielraum gelassen wird, der große Gelehrte auftritt, der mit sicherer Hand die rein rechtliche Frage aus dem Wirrwar moralischer und ökonomischer Ideen an das klare Licht juristischer Untersuchung zieht, sich ihm gleich Schaaren von Schriftstellern anschließen.

Securitas enim finis est, propter quem homines se subjiciunt

---

1) ibidem S. 12.

aliis, hatten schon *Hobbes*[1]) und nach ihm alle Naturrechtler gelehrt. Wir fanden aber, daß im Polizeistaat die Polizeigewalt auf die Erreichung des Staatszwecks im Innern geht, deshalb bestimmt nach *Hobbes* auch der Sicherheitzweck die Polizeigewalt und setzt ihr Grenzen. Dieselbe Ansicht findet sich, wie oben erwähnt, etwas modifiziert bei *Pütter* und während noch *Justi*[2]) zwischen der alten und neuen Lehre schwankt und sich nicht anders zu helfen weiß, als indem er einen weiteren (den eudämonistischen) und einen engern (der neuern Auffassung näher kommen) Begriff der Polizei annimmt, vertritt *Sonnenfels*[3]) ganz klar die die Polizeigewalt durch den Sicherheitszweck bestimmende Lehre, eine Lehre, die zwar nach den Ausführungen eines späteren schneidigen Kritikers[4]) „der herrschende Genius unserer Wissenschaft schon längst verdrängt hat“, die aber, wie jeder weiß, der die herrschende Auffassung des § 10. Tit. 17. 2. Th. A. L. R. kennt, noch recht großen Einfluß gehabt hat. — — *Jakob*[5]) definiert die Polizeigesetzgebung als das Recht, „Sicherheitsanstalten für die Rechte, sowohl der Einzelnen im Staate (Person und Eigentum), als auch des Staats als eines Ganzen, folglich auch die Freiheit eines jeden im Staate, soweit es zur Sicherheit der übrigen nötig ist durch Gesetze einzuschränken.“ — — *Harl* erkennt[6]), daß die allgemeine Glückseligkeit der Mitglieder des Staats ein Zweck ist, der als Staatszweck nicht zu erreichen und daß in Ansehung desselben auch die Übereinstimmung des Willens Aller im Staate niemals zu erwarten ist. Der Staat, der die allgemeine Glückseligkeit durch Zwangsbefehle befördern will, übernimmt eine Last, unter der er erliegt, und vernachlässigt den wahren Staatszweck oder die Herstellung des Rechtszustandes — der öffentlichen und Privatsicher-

---

1) *Hobbes* de Cive S. 93.

2) *Justi*, „Grundsätze der Polizeiwissenschaft, S. 4. § 2 u. 3.

3) *Sonnenfels* a. a. O. I. S. 29: „Die Polizeiwissenschaft enthält die Grundsätze, die innere Sicherheit des Staates zu gründen und zu handhaben.“

4) *Roßhirt* a. a. O. S. 56.

5) *Jakob* Philosophische Rechtslehre § 675.

6) *J. P. Harl*, Vollständiges Handbuch der Polizeiwissenschaft S. 43.

heit." — Ganz klar verlangt *W. v. Humboldt*[1]) „Der Staat enthalte sich aller Sorgfalt für den positiven Wohlstand der Bürger, und gehe keinen Schritt weiter, als zu ihrer Sicherstellung gegen sich selbst und gegen auswärtige Feinde notwendig ist; zu keinem andern Endzwecke beschränke er ihre Freiheit."

Bisher hatte man vielfach als Zweck der Staatsgewalt im allgemeinen und der Polizeigewalt im besonderen die Vervollkommnung des Menschen und der Menschheit erklärt; nun kommt man mit Kant zur Erkenntnis, „daß der Zweck, den alle Menschen als den höchsten von der Natur gegebenen, anerkennen müssen, von dem Zwecke, der wiederum durch die Staatsgesellschaft erreicht werden soll, verschieden ist, und eben deshalb auch nicht damit verwechselt werden darf." [2])

Zu allem, was er für das Wohl des Landes erforderlich hielt, gab man bisher dem Landesherrn aus seiner Polizeigewalt das Recht es anzuordnen. Jetzt denkt man anders[1]): „Die Staatsgewalt darf weder alles tun, was in ihrer Macht steht, noch alles, was ihr für das Ganze nützlich scheint. Beides giebt keinen rechtlichen Grund." [3])

Welche grundlegenden Änderungen in der Rechtsanschauung: rechtliche Gesichtspunkte leiten sie jetzt, nicht mehr ethische oder ökonomische: Die Polizeigewalt hat sich keineswegs mit der unmittelbaren Leitung der Glückseligkeit der Staatsbürger weder im Einzelnen, noch im Ganzen zu beschäftigen, „die Polizeigewalt darf sich auch nicht unmittelbar mit der geistigen Vervollkommnung oder intellektuellen Kultur der Bürger befassen." „Die eigentliche Moralität oder innere Sittlichkeit darf von der Polizei ebenfalls nicht berücksichtigt werden." „Die Religion als solche gehört auch nicht in den Umfang der Polizeigewalt"!

Wenn einzelne Schriftsteller noch weiter gehen, und als Voraussetzung für das Eingreifen der Polizeigewalt einen widerrechtlichen Willen der Bürger verlangen, so hat das

---

1) *W. v. Humboldt* Ideen zu einem Versuch u. s. w. S. 39.
2) *H. Bensen,* System der reinen und angewandten Staatslehre, S. 112.
3) *J. P. Harl* a. a. O. S. 61.

nichts mit der Klärung der juristischen Denkweise zu tun, von der ich hier spreche, sondern es bedeutet einen Rückfall in die naturrechtliche Methode, die mehr mit moralischen, als mit rechtlichen Erwägungen arbeitet. Bezeichnend ist ja auch, daß gerade *Eusebius Lotz,* der besonders diese Einschränkung macht,[1]) auf der andern Seite der Staatspolizeigewalt durch Anerkennung des Vervollkommnungszweckes den denkbar weitesten Spielraum läßt.

§ 23.

II. Das allgemeine Landrecht.

I. So strebt die Theorie eine klare und rechtliche Bestimmung des Polizeibegriffs und damit der Polizeigewalt an. Inzwischen aber hat in Preußen der Staat schon den entscheidenden Schritt getan. Während Friedrich Wilhelm I. als bestimmend für seine Macht nur seinen Willen anerkannte: „Wir sind Herr und König in unserm Lande, und können tun, was wir wollen," wird unter seinem großen Nachfolger ein Gesetzbuch entworfen, das schon die Grenzen der Polizeigewalt gesetzlich regelt. Der durch hohe Bildung unterstützte scharfe Geist Friedrichs des Großen eilte seiner Zeit auch hier voraus und wies der Entwickelung neue Bahnen. Sein bekannter Ausspruch: „In meinen Staaten soll jeder nach seiner Façon selig werden," enthält einen vollständigen Bruch mit der Idee vom Polizeistaat. Er ist zwar nur in Bezug auf die Religion gebraucht, aber man kann ihn ruhig verallgemeinern und dann wird er vollständig die Auffassung des Königs wiedergeben. Wie Antimachiavell vor seinem Regierungsantritt betont hatte, daß der Fürst auch Pflichten und die Untertanen nicht nur Pflichten haben, so ist er der erste Fürst gewesen, der praktisch wieder anerkannte, daß der Mensch in erster Linie Mensch und dann erst Staatsbürger ist, daß er auch als Mensch mit seinem Verstande erkennen kann, was ihm ziemt und nicht als Staatsbürger immer der staatlichen Bevormundung bedürfe. Allerdings ist der Polizeistaat dadurch noch nicht beendet, daß ein genialer Fürst aus den

1) *F. E. Lotz* a. a. O. S. 88, ff.

beschränkten Ideen seiner Zeit heraustritt, aber die Ideen seiner Zeit folgen ihm: nicht umsonst nennt man jene Zeit das Zeitalter Friedrichs des Großen. Der Geist, der in ihm lebendig war, beherrschte eben die kommende Zeit, sein Geist stempelt die Zeit zu dem, was sie war. Natürlich geht die Entwickelung nicht ganz plötzlich vor sich. Zwar glaubt die Gesetzgebung nicht mehr wie im Anfang des Jahrhunderts[1]) durch die Polizei für „das davon dependirende Wohlseyn der Einwohner" sorgen zu müssen, aber immerhin erstreckt noch der Entwurf des A. L. R. die Polizeigewalt auf die allgemeine Wohlfahrt. Das Gesetzbuch selbst geht nun noch einen entscheidenden Schritt weiter und beschränkt in § 10 Tit. 17. II. Ths. die Polizeigewalt auf die „Anstalten zur Erhaltung der öffentlichen Ruhe, Sicherheit und Ordnung und zur Abwendung der dem Publico oder einzelnen Mitgliedern desselben bevorstehenden Gefahr." Allerdings ist es, wenngleich herrschende Meinung, doch bestritten ob dies wirklich eine Einschränkung der Polizeigewalt auf den Sicherheitszweck bedeutet;[2]) aber das ist auch für uns mehr oder weniger unerheblich. Was für uns in Betracht kommt, ist allein die Tatsache, daß von nun an Rechte und Pflichten der Bürger sowohl wie des Staates durch G e s e t z geregelt sind; für den Wert dieser Tatsache ist es zunächst ganz gleichgültig, ob jene Rechte und Pflichten selbst sich geändert haben oder nicht, es würde ihre Bedeutung um nichts herabmindern, wenn auch das allgemeine Land-Recht noch den Wohlfahrtszweck als bestimmend für die Polizeigewalt anerkannt hätte. Hingegen fragt es sich, ob die Beschränkung des § 10. Tit. 17. 2. Thls. sich auf die Polizeigewalt überhaupt, oder wie *Rosin* behauptet, nur auf die Polizeiexekution bezieht.

II. *Rosin* führt folgendes aus: Das Wort „Amt" sei in dem strittigen Paragraphen nicht gleich „Aufgabe", Amt der Polizei bedeute nicht „Aufgabe polizeilicher Staatstätigkeit" sondern einen „ein für alle Mal abgegrenzten organisatorisch verselbständigten Auftrag zur Besorgung öffentlicher, insbesondere staatlicher An-

---

1) Instruction für die Policey-Ausreutter v. 1713.

2) *Rosin,* „Polizeiverordnungsrecht" S. 124.

gelegenheiten und Geschäfte." „Polizei" ist dementsprechend in jenem Paragraphen nach seiner Ansicht „nicht die personifizierte polizeiliche Funktion im Allgemeinen, sondern die personifizierte Trägerin des Polizeiamtes im Besonderen." Deshalb bezieht sich die Beschränkung des § 10. cit. auch nur auf das zur Amtsgewalt der Polizeibehörde gehörende Exekutivrecht, nicht auf die Polizei als staatliche Institution und ihre Befugnis, bindende Rechtsvorschriften aufzustellen.

Zur Unterstützung seiner Gründe tritt *Rosin* zunächst einen ausführlichen Beweis dafür an, daß es ein weitverbreiteter Sprachgebrauch sei, Polizei im Sinne von Polizeibehörde zu nehmen. Das wird man ihm zugeben, selbst ohne die sehr imposante Menge von Zitaten, mit denen er es belegt, und man wird es mir andererseits erlassen, durch eine ebensolche Menge von Zitaten die durchaus keines Beweises bedürftige Tatsache zu erhärten, daß trotzdem „Polizei" ebensooft noch in der allgemeinen Bedeutung gebraucht wird zur Bezeichnung einer besonderen Art staatlicher Tätigkeit. Nur das sei erwähnt, daß *Rosin* selbst erklärt[1]): Das allgemeine Landrecht begreife unter Polizei „im wesentlichen alles das, was wir heute als innere Verwaltung bezeichnen"; das wäre also gerade die staatliche Thätigkeit, n i c h t die Behörde.

Zweitens stützt sich *Rosin* auf das Wort „Amt". Die Polizeigesetzgebung steht dem König zu, daher ist sie kein „Amt" in dem von *Rosin* angenommenen engeren Sinne von „Auftrag", also ist sie nicht durch § 10 cit. betroffen. Hat denn aber das Wort „Amt" wirklich jene enge Bedeutung? An und für sich ist die weitere näherliegend. Wenn aber zwei Auffassungen möglich sind, von denen die eine naheliegend und natürlich, die andere weit herbeigeholt und gekünstelt ist, so muß man doch die erstere zunächst für richtig halten und die Zulässigkeit der andern davon abhängig machen, daß die Unmöglichkeit jener nachgewiesen ist. So stehe ich auch davon ab, die alleinige Zulässigkeit der von mir

1) *Rosin*, „Begriff der Polizei" usw. S. 29. Übrigens ist dieser Satz *Rosins* meines Erachtens durchaus falsch. Vergl. *Schilling* im Verw.-Archiv, Bd. II. S. 518 a. E.

angenommenen Bedeutung der Worte „Polizei“ und „Amt“ positiv nachzuweisen, sondern werde mich damit begnügen negativ darzulegen, daß *Rosin* keine Gründe gibt, die die Unmöglichkeit der von mir angenommenen Bedeutung zwingend vor Augen führen. Wenn ich dann noch dargelegt haben werde, daß der Sinn des § 10, den ich durch meine Auslegung erhalte, mit den allgemeinen Grundprinzipien des Rechts wohl vereinbar ist (was *Rosin* bestreitet), so ist damit so gut wie bewiesen, daß jener Paragraph die zwei strittigen Begriffe tatsächlich in ihrer allgemeinen, landläufigen Bedeutung gebraucht.

Die Gründe, die *Rosin* für die Unmöglichkeit der von mir angenommenen Bedeutung jener Stelle anführt, sind: 1. Die Natur des Polizeigesetzgebungsrechts als eines Majestätsrechts. 2) Die Stellung des strittigen Paragraphen im Abschnitte „Von der Gerichtsbarkeit.“

1. Nach allgemeinem Landrecht, sagt *Rosin*, sind die „allgemeinen Polizeiordnungen den Gesetzen ohne weitere Unterscheidung an die Seite gesetzt, ihr Erlaß ist ein Majestätsrecht.“ Ich gebe das zu. es steht in T. II. Tit. 13 § 6 allgemeines Landrecht, und ich füge sogar hinzu, daß das der Staatslehre jener Zeit durchaus entsprach. Nur die Folgerungen, die *Rosin* daraus zieht, bestreite ich.

Weil das Recht der Polizeiverordnung- oder Gesetzgebung ein Majestätsrecht ist, so folgert *Rosin*[1]) „findet der beschränkende Rechtssatz auf sie keine Anwendung.“ Ist das richtig, schließt der Begriff des Majestätsrechts die Möglichkeit der Beschränkung aus?

a) Was ist überhaupt ein Majestätsrecht? Wir pflegen heute unter Majestätsrechten nur die Rechte der Krone, zu verstehen, im Gegensatz zu den Hoheitsrechten, womit wir die Rechte des Staats bezeichnen. In der absoluten Monarchie des 18. Jahrhunderts fehlt dieser Unterschied, die Staatspersönlichkeit fällt mit der des Königs zusammen, in ihr vereinigen sich alle Rechte des Staats. Deshalb ist im Staatsrecht jener Zeit Majestätsrecht und Hoheitsrecht oder auch Regale gleichbedeutend. Man versteht

1) *Rosin*, „Begriff der Polizei“ u. s. w. S. 47,

darunter diejenigen Rechte, die zusammen (insgesamt oder nur zum größeren Teile) die Landeshoheit ausmachen. Der Landeshoheit, der Staatsgewalt aber ist es eigentümlich und wesentlich, daß sie über sich selbst bestimmen kann. Das Mittel dazu ist die Gesetzgebung. Und „indem der Staat die Fähigkeit der Selbstbestimmung besitzt, hat er auch die der Selbstbeschränkung. An dem anerkannten Rechte der fremden Persönlichkeit findet sein Recht eine Grenze.“ [1]) Da nun aber das Hoheitsrecht nichts anderes als ein Teil der Landeshoheit ist, so widerspricht es nicht seinem Wesen, daß der Staat (in der absoluten Monarchie also der Monarch), sein Recht der Selbstbeschränkung ausübend, ihm Grenzen zieht. Ja, in gewissem Sinne nämlich in Bezug auf die objektive Seite des Hoheitsrechts, ist diese Begrenzung ihm sogar wesentlich: denn eben „indem der Staat kraft seiner Selbstbestimmung seine Tätigkeit auf individuelle bestimmte Seiten des Gemeinlebens richtet, entsteht der Begriff der Hoheitsrechte. Das Hoheitsrecht ist sachlich beschränkte Herrschaft.“ [2]) Aus dieser wesentlichen Eigenschaft erklärt es sich auch, daß, wie schon die damalige Staatswissenschaft erkannte, es nicht zum Begriffe der Landeshoheit gehört, daß sie alle denkbaren Hoheitsrechte vereinigt.[3])

Wir sehen also, daß nach dem allgemeinen Staatsrecht mit dem Wesen des Majestätsrechtes (im Sinne der absoluten Monarchie) eine Einschränkung desselben wohl vereinbar ist.

b) Nun könnte man mir entgegnen, daß, wenn dies auch nach der jetzt anerkannten Staatsrechtslehre der Fall ist, es deshalb noch nicht der im 18. Jahrhundert das Recht bestimmenden Lehre entsprochen zu haben braucht. Daß aber nach der damaligen Staatsrechtslehre ein Recht deswegen, weil es ein Majestätsrecht oder Regale, also ein Teil der Landeshoheit bildete,[4]) nicht von der einschränkenden Wirkung allgemeiner Rechtsregeln frei war,

1) *Jelineck*, Gesetz und Verordnung. S. 198.

2) *Jelineck*, Gesetz und Verordnung S. 200.

3) So schon *J. J. Moser*, Landeshoheit überhaupt S. 219.

4) „Alle einzelne Regalien machen zusammen die Landeshoheit aus“ *J. J. Moser*. Landeshoheit überhaupt. S. 218.

geht schon genügend hervor aus den oben angeführten Lehren der bedeutendsten Rechtslehrer des 18. Jahrhunderts. Sie alle stimmen darin überein, — von vereinzelten Ausnahmen abgesehen[1]) — daß der Landesherr seine Macht nicht willkürlich zu führen habe, sondern an gewisse allgemeine Grundsätze gebunden sei. Es seien hier nur noch besonders die Sätze des Mannes aufgeführt, der am eingehendsten und fruchtbarsten das deutsche Staatsrecht bearbeitet hat: *J. J. Moser.* In seiner Abhandlung „von der Landeshoheit derer teutschen Reichsstände überhaupt" gibt er im 14. Kapitel eine ausführliche Darstellung „von der mannigfaltigen Einschränkung der Landeshoheit" und legt dar, daß eine solche Einschränkung sich ergebe, 1. aus göttlichem Recht, 2. aus der Beschaffenheit des Landes, 3. den Reichsgesetzen, 4. der Landesverfassung, 5. Verträgen mit Dritten, 6. Urteilen, 7. Landesherrlichen Freyheiten, 8. Kayserlichen Freiheiten und endlich 9. Päpstlichen Freiheiten. Eine rechtliche Würdigung der meisten dieser Einschränkungsgründe habe ich bereits oben versucht, hier ist nur der unter 4. genannte noch einmal besonders zu betrachten: Die Landesverfassung. Von ihr sagt *Moser* in § 7: „Die Landesverfassung beruht teils auf denen Landesverträgen, teils auf dem Herkommen[2]) und der daraus entspringenden natürlichen aktiven oder passiven Freiheit." Hierher gehört offenbar der von allen Schriftstellern besonders von *Pütter* und *Moser* so stark betonte Satz, daß die Landeshoheit im Allgemeinen und die Polizeigewalt im Besonderen den Fürsten „nicht anders, als zur Wohlfahrt des Landes berechtige." Eben dies aber ist derselbe Satz, der, wie erwähnt im Anschluß an *Pütters* Lehre im allgemeinen Land-Recht eine strengere Formulierung erhalten hat.

Dafür aber, daß die Verbindlichkeit solcher verfassungsrechtlicher Normen, nicht nur die Konstruktion der Rechtsgelehrten waren, ist bereits oben angeführt, daß das Reich durch die Rechtsprechung seiner Gerichte jenen Sätzen eine Sanktion gab. Hier sei nur noch erwähnt, daß auch die Fürsten die Bedeutung eines

1) wie die oben erwähnte Ansicht *Strube's.*

2) in diesem Fall Reichs-Gewohnheitsrecht vergl. oben § 11

„Verfassungsrechts" bereits damals erkannten,[1]) sodaß sogar der König von Preußen in einem Schreiben an den Kaiser vom 30. Juli 1764[2]) es tadelt, daß ein anderer Fürst sich nicht an die Landesverfassung halte.

Und es ist ja gerade das Verdienst des allgemeinen Land-Rechts und macht gerade seine große Bedeutung auf dem Gebiete des Staatsrechts aus, daß es eine Beschränkung der Majestätsrechte in allen wesentlichen Beziehungen enthält. So regelt der Titel 13, und ebenso im Einzelnen Titel 17 genau alle Rechte, die dem Staat in seinem Oberhaupt zustehen. Andererseits erwähnen beide Titel neben diesen Rechten ebensoviele Pflichten, die dem Staat in seinem Oberhaupt obliegen: Jede solche Pflicht enthält aber doch eine Beschränkung jener Rechte. Wenn es z. B. im §. 1. des Titel 17 heißt: „Der Staat ist für die Sicherheit seiner Unterthanen zu sorgen verpflichtet," so ist damit das Majestätsrecht der obersten Gerichtsbarkeit einer Beschränkung unterworfen, denn seine Ausübung ist nicht mehr dem freien Willen der Berechtigten überlassen. Daraus folgt also, daß die Natur der Polizeigewalt als eines Majestätsrecht einer Einschränkung derselben nicht entgegensteht.[3])[4])

---

1) Vergleiche die Beispiele bei *Moser* ibidem S. 281-284

2) Neue Staatscanzlei 14. Band S. 156.

3) Wenn dies nicht der Fall wäre, wäre auch eine Einschränkung des Polizei-Verfügungsrechtes, die *Rosin* ja anerkennt, nicht denkbar, denn nach damaligem Recht ist die gesamte Polizeigewalt Majestätsrecht.

4) Nach dem Gesagten ergibt es sich von selbst, daß ich es für durchaus falsch halte, wenn *Smend* (Die preuß. Verf-Urk. im Vergleich mit der belgischen, Göttingen, Preisschrift 1904, S. 84) meint, der § 10 zit. sei „lediglich infolge des Ergehens der Verfassung aus einer rein theoretischen lehrhaften Definition zur Grundlage des preußischen Polizeirechts geworden." Nach der in dieser Abhandlung vertretenen Ansicht haben eben auch im sog. absoluten Staate rechtliche Beschränkungen der staatlichen Befugnisse bestanden und in der Tat ist doch auch durchaus nicht abzusehen, warum solche nur durch die modernen Verfassungen möglich sein sollen. Diese sind doch auch vom Staat gegeben, die preußische sogar vom absoluten König oktroyiert; auch sie kommen nicht von einer Gesetzesgewalt außerhalb und über der Staatsgewalt, la loi, wie sich das etwa die Schriftsteller der französischen Revolution dachten. Sie sind nichts anderes als Selbstbeschränkung des Staates. Dasselbe ist aber der § 10 zit. ebenso wie schon vorher die sog. Landesgrundgesetze.

2. Nun bringt aber *Rosin*[1]) noch einen weiteren Einwand gegen die umfassendere Bedeutung der einschränkenden Bestimmungen des Landrechts: Die Stellung des streitigen Paragraphen im Abschnitte „von der Gerichtsbarkeit". Dieser Einwand kann bedenklich machen, doch wird man bei genauerer Betrachtung auch ihn als nicht stichhaltig erkennen aus folgenden Gründen:

a) Daß die Polizei vom allgemeinen Landrecht bei der Gerichtsbarkeit behandelt wird, hat nichts befremdendes. Es liegt in der historischen Entwicklung, daß Polizei und Gerichtsbarkeit nicht so scharf getrennt werden. Ursprünglich hatte man beide prinzipiell gar nicht getrennt, vielmehr hatte seit dem Mittelalter die Gerichtsbarkeit den Kern der Landeshoheit gebildet, und die Verwaltung, soweit eine solche vorhanden war, also namentlich die Polizei, in sich geschlossen, wie denn ursprünglich Gerichtsbarkeit und Landesherrlichkeit ein Begriff waren und die Landesherrn im Sachsenspiegel als des landes richtere bezeichnet wurden. In diesem Sinne wird das Wort iurisdictio noch von zahlreichen Publizisten des 19. Jahrhunderts gebraucht, in diesem Sinne spricht das Völkerrecht noch heute von iurisdictional waters und meint damit diejenigen Meeresteile, über die der Uferstaat nicht nur die Gerichtsbarkeit, sondern überhaupt seine Staatsgewalt ausübt. Diese Bedeutung hat die Gerichtsbarkeit auch später behalten und die Polizeigewalt wird noch im 18. Jahrhundert als ein Teil der Gerichtsbarkeit angesehen, insbesondere war in Deutschland meist die Gerichtsobrigkeit Inhaberin der niederen Polizeigewalt. *David Georg Strube*[2]) leitet sogar aus diesem Zustande den Rechtssatz ab: „Alle Gerichtsobrigkeiten sind dem deutschen Herkommen nach befugt in Polizei-Sachen, Verordnungen, Gebothe und Verbothe zu erlassen." Doch ist diese Annahme wohl etwas „sehr gewagt" und wir müssen *v. Berg* glauben, daß „ein solches allgemeines Herkommen vielmehr überall nicht erwiesen ist".[3]) Damit ist dann

1) *Rosin*, „Begriff und Umfang der P. G." S. 43.

2) *D. G. Strube*, Von Regierungs- und Justizsachen. S. 174. Vergl. auch *Fischer*, Lehrbegriff sämmtlicher Cameral- und Policeyrechte. 2. Bd. S. 129. *Hirsch*, Landpolizei-Recht in den Brandenburgischen Staaten. S. 4.

3) *v. Berg*, Handbuch. Bd. 1. S. 124.

aber nur festgestellt, daß schlechthin für die Gerichtsobrigkeit eine Polizeigewalt nicht präsumiert werden kann; daß sie in Wirklichkeit meist eine solche besaß, bestreitet auch *von Berg* nicht und in der Tat waren auch damals gerade in den Brandenburg-Preußischen Staaten in der unteren Instanz Polizei und Gerichtsbarkeit vereint.[1]) Noch ganz allgemein bezeichnete man im 18. Jahrhundert die ordentlichen Polizeistellen als „Gerichtsobrigkeit"[2]) u. dergl. m. und als man am Ende des 18. Jahrhunderts anfing, die Polizeigewalt mehr von der Gerichtsbarkeit zu trennen, blieben Reste der früheren Zusammengehörigkeit doch noch darin bestehen, daß man neben der ganz von der Justiz getrennten verwaltenden Polizei noch eine gerichtliche Polizei kannte, police administrative und police judiciaire.[3]) Die verwaltende Polizei hatte die Aufgabe, Vergehen zu verhüten, während die gerichtliche Polizei oder Polizeigerichtsbarkeit sich gegen begangene Verbrechen richtete, sie bestand in dem Recht, „die Polizeigesetze auf einzelne Fälle, nach vorhergegangener Untersuchung anzuwenden". Nichts war demnach natürlicher, als daß man die Polizeigerichtsbarkeit bei der Gerichtsbarkeit überhaupt regelte: Dies ist in § 11. Th. II. Tit. 17 geschehen. Einleitend dazu hat man dann in § 10 die allgemeinen Bestimmungen über die Polizeigewalt gegeben. Wenn man aber überhaupt aus dieser Stellung der Bestimmungen über das „Amt der Polizei" etwas schließen will, so wäre es doch höchstens das, daß sie nur auf die Polizeigerichtsbarkeit zu beziehen seien.[4]) Daß, sie aber das nicht sind, geht so klar aus dem Inhalt und Wortlaut des § 10 („Polizei" im Gegensatz zur „Polizeigerichtsbarkeit" im § 11) hervor, daß wir darüber kein Wort zu verlieren brauchen.

b) An dem gewonnenen Resultat kann auch ein Gegengrund nichts ändern, den zwar *Rosin* selbst nicht angibt, den man aber aus der Theorie der Trennung der Gewalten in ihrer ursprünglichen

---

1) *Hirsch* a. a. O. S. 4. § 12. S. 2.

2) Vergl. *Gneist*, „Der Rechtsstaat" S. 61. *Zimmermann*, „Die deutsche Polizei im 19. Jahrhundert".

3) *J. P. Hall*, Entwurf eines Polizei-Gesetzbuchs.

4) Diese Auffassung kommt z. B. zum Ausdruck in dem „Register zum Allgemeinen Land-Recht" Berlin 1822. (bei *Reineck*) S. 275.

Form entnehmen könnte. *Montesquieu* unterscheidet nämlich nicht zwischen Gesetzgebung, Rechtsprechung und Verwaltung, sondern zwischen: la puissance legislative, la puissance exécutrice des choses qui dépendent du droit des gens et la puissance exécutrice de celles qui dépendent du droit civil — On appellera cette dernière (heißt es kurz darauf) la puissance de juger. Demnach würde allerdings die Polizei zwei ganz verschiedene Teile haben: Die Polizei**verordnung** würde unter die puissance legislative, die Polizei**verwaltung** unter die puissance de juger fallen und der Schluß würde nicht ungerechtfertigt sein, daß das allgemeine Land-Recht in dem Abschnitt von der puissance de juger, der Gerichtsbarkeit, nur die Polizeiverwaltung habe regeln wollen. Nun glaube ich aber nicht, daß das allgemeine Land-Recht, das allerdings zu den sogenannten philosophischen Gesetzbüchern gehört, die stark von der, in der 2. Hälfte des 18. Jahrhunderts neu auflebenden Rechtsphilosophie beeinflußt waren, in diesem Punkte genau deren Lehren folgte. Vielmehr glaube ich, daß es bei der Lehre der deutschen Rechtswissenschaft blieb, die nicht drei Gewalten kannte, sondern nur **eine**, die Landeshoheit, die sich in verschiedenen Hoheitsrechten äußerte, zu denen auch das der Polizeigewalt gehört.

3. Und wenn man sich nun die Einteilung des Gesetzbuchs ansieht, so findet man, daß nicht etwa der Abschnitt von der Gerichtsbarkeit als ein Hauptabschnitt zwei andern Hauptabschnitten gegenübersteht, die die beiden andern Gewalten behandeln, sondern er ist ein kleiner Unterabschnitt in dem Titel „Von den Rechten und Pflichten des Staats zum besonderen Schutze seiner Unterthanen". Er enthält also dementsprechend Vorschriften über die Rechte und Pflichten des **Staats**, nicht einer einzelnen **Staatsbehörde**. Hätte er, wie *Rosin* annimmt, nur die Befugnisse der Polizeibehörden bestimmen wollen, so würde man ihn nicht bei den Rechten und Pflichten des **Staats**, sondern bei denen der **Behörden** eingefügt haben: Titel 10 wäre die sedes materiae gewesen und nichts wäre natürlicher gewesen, als ihn als 2. Satz dem § 1 dieses Titels einzufügen, welcher lautet: „Militär- und Zivilbediente sind vorzüglich bestimmt, die Sicherheit, die gute

Ordnung und den Wohlstand des Staates unterhalten, befördern zu helfen." An dieser Stelle steht der Paragraph aber nicht, und das beweist, daß er auch nicht dahin gehört: er bestimmt eben nicht den Dienstkreis einer Behörde, sondern die Befugnisse des Staates.

III. Das allgemeine Land-Recht will ja in unserem Paragraphen gar keinen neuen staatsrechtlichen Satz aufstellen, sondern lediglich einen bereits bestehenden genauer formulieren, und wie *Moser* unter Polizei diejenigen landesherrlichen Rechte und Pflichten versteht, welche u. s. w.[1]) so zählt auch das allgemeine Land-Recht die Polizei zu den Rechten und Pflichten des Staats i. e. des Landesherrn.

Wir haben gesehen, daß es ein in der Polizeiwissenschaft des 18. Jahrhunderts ganz allgemein anerkannter, und in allen Abhandlungen wiederkehrender Satz ist, daß die Polizeigewalt beschränkt sei durch den Zweck der Polizei: nach der älteren Lehre Wohlfahrtszweck, nach der neueren nur Sicherheitszweck. Indem nun auch das allgemeine Land-Recht diesen Satz aufnimmt, und ihn im wesentlichen der neueren Lehre folgend formuliert, stellt es sich einfach auf den Boden der geltenden Polizeilehre und bringt eine in dieser schwebende Streitfrage zum Austrag. Es war, wie wir nachgewiesen haben, in der Wissenschaft nie angezweifelt worden, daß die ganze Polizeigewalt, nicht nur das Recht der polizeilichen Exekutive rechtlich beschränkt sei durch allgemeine staatsrechtliche Prinzipien (Wohlfahrtszweck — Sicherheitszweck). Wenn nun das Gesetzbuch einfach die Prinzipien feststellt, nach denen sich die Polizeigewalt bestimmt, so beantwortet es damit eine seit langer Zeit von der Wissenschaft formulierte Frage.

Hätte es nicht diese Frage, sondern zwei andere, nämlich die 1. nach dem Umfange des Polizeiverordnungsrechts, 2. nach dem Umfange des polizeilichen Exekutivrechts beantworten wollen, so würden seine Verfasser, die doch mitten in der damaligen Wissenschaft standen, es sicher für nötig erachtet haben, diese

1) *J. J. Moser,* Von der Landeshoheit in Policey-Sachen, S. 2.

Fragen erst genau, im Unterschied zu jener, zu formulieren. Es handelt sich da eben um eine ganz prinzipielle rechtsphilosophische Frage, die hier beantwortet ist, eine Frage, die jedem Philosophen und Juristen in der 2. Hälfte des 18. Jahrhunderts so vertraut war, daß es absolut ausgeschlossen ist, daß, wenn diese Frage offenbar beantwortet wird, dabei die Absicht untergeschoben werden kann, eine andere, bisher von der Wissenschaft noch nie angeregte Frage, habe damit zur Entscheidung kommen sollen.

Um das Resultat kurz zu wiederholen: Der § 10 cit. steht in keinem andern Zusammenhang als diesem: Der § 11 regelt die Polizeigerichtsbarkeit und bestimmt diese durch ihr Verhältnis zu den Polizeigesetzen. Lediglich um diesen Begriff zu erklären, wird vorher im § 10 eine ganz allgemeine Bestimmung der Polizei gegeben.

IV. Zum Schlusse sei noch bemerkt, daß der Wortlaut des A. L. R. selbst einen positiven Anhalt gerade dafür gibt, daß § 10 cit. sich auf das polizeiliche Gesetzgebungs- oder Verordnungsrecht bezieht. § 11 sagt nämlich:

> „Die Untersuchung und Bestrafung der gegen solche Polizeigesetze begangenen Übertretungen kommt, sobald damit kein vorsätzliches oder schuldhaftes Verbrechen verbunden ist, der Polizeigerichtsbarkeit zu."

In dem Ausdruck „solche Polizeigesetze" liegt ganz klar 1., daß unter „Anstalten" im § 10 auch Verordnungen zu verstehen sind und daher 2., daß auch die Polizeiverordnungen auf die Erfüllung des Zweckes, der in § 10 angegeben ist, beschränkt sind.[1])

Demnach ist das Endergebnis unserer Untersuchungen folgendes:

> Die im § 10, II, 17 A. L. R. gegebene Definition der Polizei bezieht sich auf die gesamte Polizeigewalt, auf das Polizeiverordnungsrecht

---

1) *Foerstemann*, Prinzipien des preuß. Poli-Rechts 1889. F. glaubt es sogar ausdrücklich erwähnen zu müssen, daß unter „Anstalten" auch die Exekution begriffen sei, da es aus dem Wortlaut des § 11 den Anschein gewinne, als wenn unter „Anstalten" nur Polizeigesetze zu verstehen sein.

ebenso, wie auf das Recht der Polizeiverwaltung; beiden werden daher durch die in der Definition enthaltenen Einschränken gesetzliche Grenzen gezogen.[1])

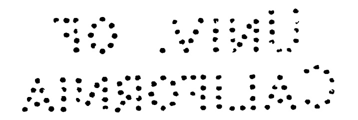
So ist also durch das allgemeine Land-Recht das Gebiet der Polizei begrenzt zu einem genauen gesetzlichen Umfange, oder wie der Verfasser des Landrechts sagt[2]): „In der bürgerlichen Gesellschaft ist also nicht mehr die Frage, was für Befugnisse und Obliegenheiten nach dem Naturrecht[3]) stattfinden, sondern was die Gesetze des Staats über die Rechte und Pflichten der Bürger bestimmen.“ Die Polizei dient nun nicht mehr zur Erreichung des Staatszwecks seinem ganzen Umfang nach, sondern ihr Gebiet ist durch das Gesetz beschränkt. Damit ist der Polizeistaat zu Ende.

---

1) Damit ist der Polizeistaat formell beseitigt, indem er selbst seinen Befugnissen Schranken setzte. Daß durch die Art dieser Schranken auch materiell der Polizeistaat beendigt wurde, d. h. daß der Umfang der Polizeigewalt durch sie verringert wurde, gedenke ich in einem weiteren Aufsatze noch zu besprechen.

2) Vergl, *Stölzel:* C. G. Svarez.

3) *De Gérando* (la bienfaisance publice I. S. 398) sagt sehr geistvoll: la police en se sécularisant (sich von naturrechtlich-moralischen Ideen freimachend) a cessé de vouloir pénétrer dans les habitudes de la vie privée.

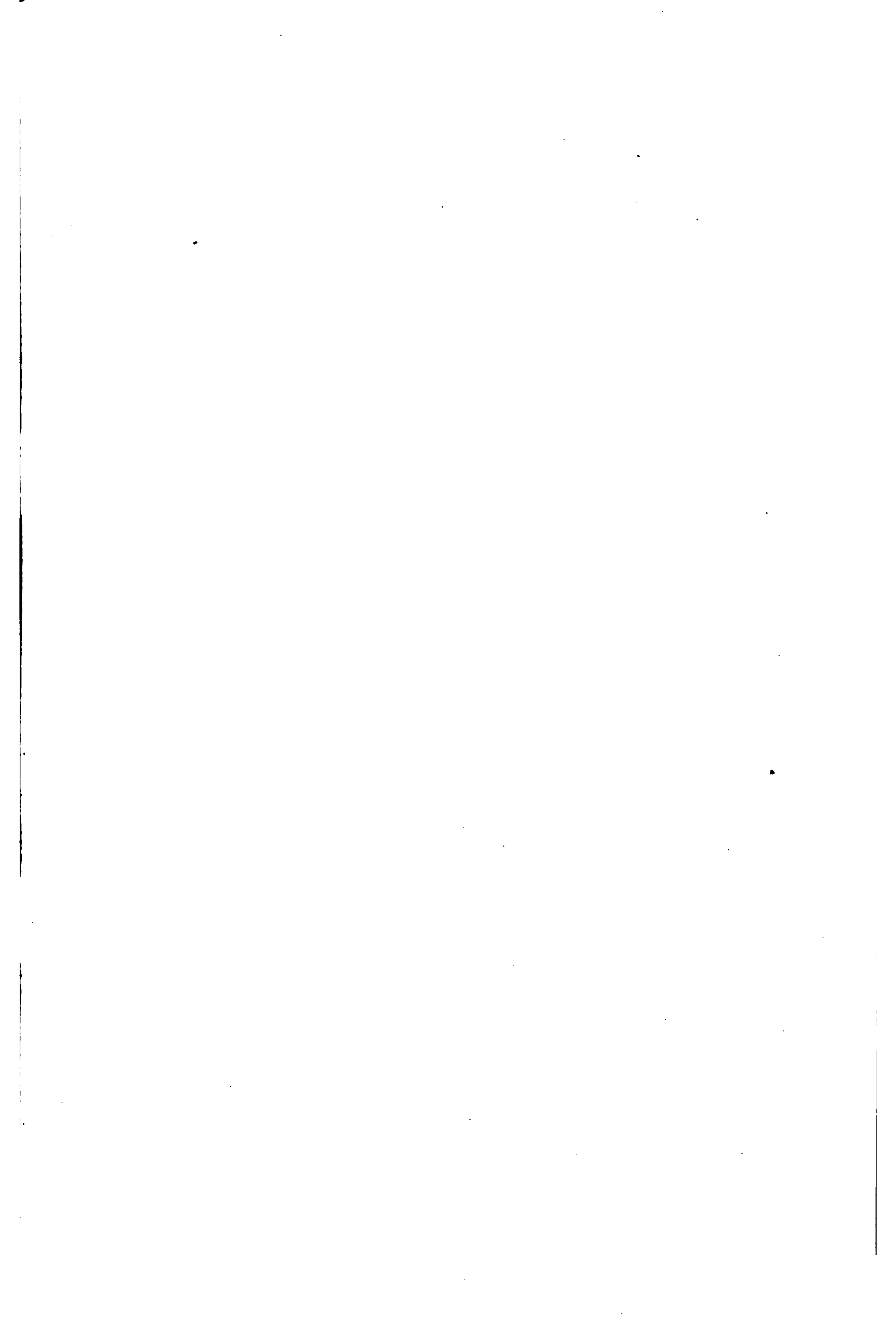


Lebenslauf.

Verfasser dieser Arbeit, *Kurt, Otto, Julius Wolzendorff,* ist geboren am 12. April 1882 zu Nassau a. d. Lahn, als Sohn des prakt. Arztes Stabsarztes a. D. Dr. Gustav Wolzendorff. Sein Bildungsgang begann auf der Vorschule zur städt. Realschule zu Wiesbaden und wurde fortgesetzt auf dem dortigen königl. humanistischen Gymnasium. Auf Grund des Reifezeugnisses dieser Schule bezog er im S.-S. 1900 die Universität Lausanne, später diejenigen zu München und Marburg. Im November 1903 bestand er sein Referendarexamen. Er folgte während seiner Studienzeit den Vorlesungen und Übungen folgender Herren:

Andrée, Bechmann, Brentano, Enneccerus, Erman, Grueber, Hellmann, Herzen (†), H. O. Lehmann (†), Leonhard, Lotz, Mayer, Oetker, Oldenberg, Riezler, Savigny, Loth. Seuffert, Sicherer (†), Schücking, Stengel, Traeger, Ullmann.

Allen seinen Lehrern stattet Verfasser seinen ehrerbietigen Dank aus, insbesondere Herrn Prof. Dr. *Walter Schücking* für die Anregung und Unterstützung zu dieser Arbeit.




JF
1353
.W7
248503
74
Wolzendorff

